

Prosjekteringsrisiko – en sammenligning av rådgiver og totalentreprenørs prosjekteringsforpliktelser



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 214
Leveringsfrist: 10.11.10

Til sammen 29327 ord

09.11.2010

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Begrepsbruk	2
1.4	Nærmere om problemstillingen	3
1.5	Disponering av avhandlingen	5
2	UTGANGSPUNKTENE – ULIKE FORPLIKTELSESTYPER	6
2.1	Generelt om innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser	6
2.2	Rådgiverens prosjekteringsrisiko – innsatsforpliktelse	7
2.2.1	Generelt	7
2.2.2	Rettskilder	8
2.2.3	Nærmere om culpavurderingen	10
2.2.4	Profesjonsansvarets uttrykk i NS 8401	12
2.3	Totalentreprenørens prosjekteringsrisiko – en resultatforpliktelse?	13
2.3.1	Problemstilling	13
2.3.2	Rettspraksis	15
2.3.3	Tidligere oppfatning og historikk	16
2.3.4	Totalentreprenørens forpliktelse etter NS 3431	19
2.3.5	Entreprenørens prosjekteringsforpliktelse etter NS 8405	19
2.3.6	Totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse etter NS 8407	21
2.4	Sammenfatning	21

<u>3</u>	<u>SYSTEMENE FOR BESKRIVELSE AV AKTØRENE FORPLIKTELSE</u>	<u>23</u>
3.1	Innledning	23
3.2	Privatrettslige normer	23
3.2.1	Avtalespesifikke normer	24
3.2.2	Generelle (abstrakte) normer	30
3.3	Offentligrettslige normer	37
3.3.1	Lov og forskrift	37
3.3.2	Enkeltvedtak	43
3.4	Sammenfatning	44
<u>4</u>	<u>KOMPETANSESVIKT</u>	<u>45</u>
4.1	Innledning	45
4.2	Rådgiverens kompetansesvikt	45
4.2.1	Innledning	45
4.2.2	Generelt	46
4.2.3	Uoppmerksomhet, unøyaktighet og misforståelse	47
4.2.4	Sviktende faglige vurderinger	48
4.2.5	Regnefeil og andre administrative feil	49
4.3	Totalentreprenørens kompetansesvikt	51
4.3.1	Innledning	51
4.3.2	Utviklingsrisikoen	52
4.4	Sammenfatning	63
<u>5</u>	<u>FAKTISK VILLFARELSE</u>	<u>64</u>
5.1	Innledning	64
5.2	Grunnforhold	65
5.2.1	Innledning	65

5.2.2	Rådgiverens risiko for grunnforholdene	65
5.2.3	Totalentreprenørens risiko for grunnforholdene	70
5.3	Klimatiske forhold	79
5.3.1	Innledning	79
5.3.2	Nåværende klimatiske forhold	80
5.3.3	Klimaendringer i byggets levetid	85
5.4	Materialer	86
5.4.1	Innledning	86
5.4.2	Rådgiverens forpliktelse ved materialrelaterte prosjekteringsfeil	86
5.4.3	Totalentreprenørens forpliktelse for de materialrelaterte prosjekteringsfeil	89
6	VILLFARELSE OM NORMENE (RETTSVILLFARELSE)	94
6.1	Innledning	94
6.2	Villfarelse om privatrettslige normer	95
6.2.1	Avtalespesifikke normer	95
6.2.2	Generelle normer	100
6.3	Villfarelse om offentligrettslige normer	102
6.3.1	Lov- og forskriftskrav	102
6.3.2	Villfarelse om nye, skjerpede regler	105
6.3.3	Villfarelse om enkeltvedtak	108
7	KILDEREGISTER	110
8	LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V	114

1 Innledning

1.1 Tema

Ved oppstarten av et nytt bygg- eller anleggsprosjekt må oppdragsgiver foreta viktige valg som påvirker prosessen med prosjektering og utførelse av bygg-eller anleggsarbeidet. *Valg av entrepriseform* er ett slikt grunnleggende veivalg. Oppdragsgiver kan velge å la prosjekteringen bli utført av rådgivere og deretter kontrahere én eller flere entreprenører til selve utførelsen, eller han kan velge å sette bort *både prosjektering og utførelse* til en totalentreprenør.

Etter vedtakelsen av NS 3431 har byggebransjen sett en stadig økning i antall entrepriser som kontraheres som totalentrepriser. En alminnelig oppfatning i bransjen er at totalentreprenøren har en mer vidtrekkende forpliktelse enn rådgiveren, for så vidt gjelder prosjekteringsytelsen. For oppdragsgiveren kan dette fortone seg som et argument for å velge totalentreprise som kontraktsform. Temaet i denne avhandlingen er i hvilken grad valg av kontraktsform påvirker rekkevidden av realdebitors forpliktelse for prosjekteringsytelsen.

Ett sentralt spørsmål er hvorvidt totalentreprenørens forpliktelse for prosjekteringsytelsen i alle henseende er av typen *resultatforpliktelse*. Det skal også drøftes om rådgiverens prosjekteringsforpliktelse er en ren *innsatsforpliktelse*, eller om det kan tenkes at den har enkelte elementer som minner om den mer vidtrekkende resultatforpliktelsen.

1.2 Avgrensninger

I denne avhandlingen behandles kun realdebitorers prosjekteringsforpliktelser og -risikoer i henhold til de standardiserte regler på området (jf NS 8401 og NS 3431).

Forholdet til alminnelige kontraktsrettslige prinsipper er kun behandlet der disse må kunne sies å gi supplementer til de standardiserte regler.

Videre trekkes en grense mot oppgaver som faller utenfor prosjekteringsytelsen.

Risikoforhold ved tiltransport er et særskilt tema av betydelig omfang, og er her med hensikt utelatt.

Det redegjøres i avhandlingens kapittel 3 for prosjekteringsforpliktelsenes materielle rekkevidde i henhold til de standardiserte regler. Problemstillingen berøres også mer fragmentarisk andre steder i avhandlingen. Formålet med dette er ikke å gi en uttømmende beskrivelse av standardenes regler. Hensikten er derimot å etablere et grunnlag for en mer spesifikk drøftelse av hvordan risikoplasseringen for eventuelle prosjekteringsfeil skal foretas, samt å studere om normsystemene *som sådan* kan gi veiledning i forhold til hva slags forpliktelse realdebitor har tatt på seg.

Hovedfokus i denne avhandlingen er spørsmålet om det foreligger *kontraktsbrudd*.

Spørsmålene om rett til fristforlengelse og tilleggsvederlag berøres enkelte steder i avhandlingen, uten at dette gjøres til noe hovedspørsmål.

1.3 Begrepsbruk

Med begrepet *totalentreprenør* menes *en kontraktspart som har påtatt seg prosjekteringen og utførelsen av det bygg- eller anleggsarbeid som kontrakten omfatter*.¹ Realdebitorer som er kontrahert på bakgrunn av NS 8401 omtales med fellesbetegnelsen *rådgiver*. Ved

¹ Jf NS 3431 pkt. 2.3

felles omtale av totalentreprenør og rådgiver nyttes begrepet *realdebitor*. Som kontraktsmotpart for totalentreprenør og rådgiver, brukes begrepet *oppdragsgiver*.

NS 8401 omtaler rådgiverens feil som *rådgivningsfeil*, mens det i denne oppgaven er brukt begrepet *prosjekteringsfeil* som en fellesbetegnelse for både rådgiverens og totalentreprenørens kontraktsbrudd.

1.4 Nærmere om problemstillingen

Denne avhandlingen holder fokus på *prosjekteringsytelsen* i motsetning til utførelsesytelsen. Tilblivelsesprosessen av et nytt byggeprosjekt går gjennom ulike faser, fra oppdragsgiver får den første spede idé, til det ferdige prosjekt står oppført og er klart for overtakelse. Med begrepet ”prosjektering” siktes det til planleggingsfasene som ligger forut for utførelsen (forprosjektering og detaljprosjektering). Avhengig av typen prosjekt, kan disse fasene omfatte utarbeidelse av arkitekttegninger, geoteknisk, byggteknisk og brannteknisk prosjektering, samt prosjektering av tekniske anlegg som eksempelvis varme, ventilasjon, strømforsyning og vann og avløp.

Til prosjekteringsfasene hører også kalkulasjoner og økonomiske beregninger av byggeprosjektets kostnader. Utenom prosjekteringsytelsen faller oppdragsgiverens programmering, altså det grunnlag han overlater til henholdsvis rådgiver og totalentreprenør i forbindelse med kontraktsinngåelse.

Begrepet prosjekteringsrisiko kan i vid forstand forklares som risikoen for at disse overnevnte ytelser ikke svarer til det som er avtalt, slik at det objektivt sett oppstår en *prosjekteringsfeil*.

Prosjekteringsfeil kan oppstå som en følge av en lang rekke faktorer. En stor hovedgruppe av prosjekteringsfeil oppstår som konsekvens av kompetansesvikt, altså det forholdet at det foreligger et misforhold mellom den kompetanse realdebitor besitter og den som fordres for å oppnå et kontraktsmessig resultat. En annen hovedgruppe av årsaker til prosjekteringsfeil

er at man er i villfarelse om de rammebetingelser som ligger til grunn for prosjektet. Med rammebetingelser menes både *fysiske rammebetingelser*, som grunnforhold, klimaforhold og materialvalg samt *rettslige rammebetingelser*, som offentlig- og privatrettslige normer som kommer til anvendelse på prosjektet.

Problemstillingen som drøftes i denne avhandlingen, er *om* og i så fall *hvor mye* lenger enn rådgiverforpliktelsen totalentreprenørens forpliktelse strekker seg. Dette vises med en figur i avsnitt 2.3 som illustrerer spørsmålet om karakteren av totalentreprenørens forpliktelse.²

Når det gjelder de konkrete arbeidsoppgaver som inngår i prosjekteringsforpliktelsen, er det på det rene at det ikke foreligger store kvalitative forskjeller mellom prosjekteringsytelsen foretatt av en prosjekterende rådgiver og en totalentreprenør. Ulikhetene antas imidlertid å ligge i et juridisk metaplan hva gjelder de to realdebitorens forpliktelse og dennes innhold og utstrekning.³

Ved å foreta en sammenligning av rådgiverens og totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse innen ulike aspekter av prosjekteringsytelsen, vil jeg undersøke om det kan være slik at totalentreprenøren, til tross for sin vidtrekkende forpliktelse allikevel vil kunne være ansvarsfri ved oppfyllelssvikt i gitte tilfeller. Jeg vil også undersøke om bransjeoppfatningen om at rådgiverens forpliktelse er en ren innsatsforpliktelse medfører riktighet, eller om det kan tenkes at også rådgiverens forpliktelse kan nærme seg en resultatforpliktelse på enkelte områder.

Hypotesen er at rådgiverens innsatsforpliktelse per i dag bedømmes så vidt strengt at differansen mellom denne og totalentreprenørens forpliktelse, i realiteten er mindre enn begrepsbruken og den alminnelige bransjeoppfatningen skulle tilsi. Videre antas det at det vil finnes et visst innslag av relativitet i realdebitorens forpliktelser, avhengig av hvilket

² Se figur 1, pkt. 2.3

³ Sandvik (1975) s. 9

aspekt av prosjekteringsytelsen et eventuelt kontraktsbrudd oppstår innen, slik at forpliktelsen kan være av en strengere karakter for noen av aspektene enn andre.

1.5 Disponering av avhandlingen

Fremstillingen er bygget opp over fem hoveddeler. Innledningsvis redegjøres det i kapittel 2 på generelt grunnlag for *forpliktelsestypene* som skal drøftes. I avhandlingens kapittel 3 redegjøres det nærmere for *systemene som beskriver realdebitorenes forpliktelser*. I avhandlingens kapittel 4, 5 og 6 behandles realdebitorenes forpliktelser tematisk inndelt etter årsak til potensielle prosjekteringsfeil.

En betydelig andel av de prosjekteringsfeil som oppstår, skyldes realdebitors *kompetansesvikt*. Risikoen for disse feilene behandles i avhandlingens kapittel 4. Utviklingsrisikoen er behandlet som et underpunkt i dette kapittelet. I tillegg til feil som skyldes kompetansesvikt, utgjør *villfarelsestilfellene* en stor og uensartet gruppe årsaker til prosjekteringsfeil. Disse feilene skiller seg fra kompetansesviktilfellene ved at de ikke skyldes realdebitors manglende kompetanse, men snarere at man har bygget på feilaktige slutninger om prosjektets rammebetingelser. Jeg har valgt å trekke et hovedskille mellom faktisk og rettslig villfarelse. Faktisk villfarelse behandles i avhandlingens kapittel 5, mens rettsvillfarelsen er skilt ut til egen behandling i kapittel 6.

Analysen i avhandlingen er bygget opp slik at det først trekkes opp noen utgangspunkter om karakteren av realdebitorenes forpliktelser, hvorpå disse utgangspunkt i avhandlingens kapittel 4-6 settes på prøve ved at de testes hypotetisk mot noen hovedgrupper av praktisk tenkelige tilfeller av prosjekteringsfeil.

2 Utgangspunktene – ulike forpliktelsestyper

2.1 Generelt om innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser

Skillet mellom innsatsforpliktelse og resultatforpliktelse stammer opprinnelig fra fransk rett, *obligation de moyens* (innsatsforpliktelse) og *obligation de résultat* (resultatforpliktelse). I UNIDROIT Principles of Contract Law er skillet mellom de to forpliktelsestyper beskrevet slik:

”Article 5.4 – Duty to Achieve a Specific Result. Duty of Best Efforts.

- (1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.*
- (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.”*

Den norske forståelsen av disse begrepene, slik de er beskrevet av blant annet Hagstrøm, er i det vesentligste i samsvar med overnevnte formuleringer.⁴

For rådgiveren vil vurderingen av hvorvidt det foreligger kontraktsbrudd, være sammenfallende med en vurdering av erstatningsansvar. For totalentreprenøren blir kontraktsbruddsvurderingen et spørsmål om en direkte plikt til utbedring, mens spørsmålet om hans erstatningsansvar er regulert i andre bestemmelser i NS 3431. I det følgende er det kun kontraktsbruddsvurderingen som er det sentrale.

I det følgende vil rådgiverens forpliktelse studeres for å etablere et utgangspunkt for den videre drøftelsen. Likeledes vil totalentreprenørens forpliktelse undergå en tilsvarende vurdering i pkt. 2.3.

⁴ Hagstrøm (2004) s. 115

2.2 Rådgiverens prosjekteringsrisiko – innsatsforpliktelse

2.2.1 Generelt

At rådgivningsoppdrag som hovedregel må anses å være innsatsforpliktelser, er en alminnelig oppfatning. At en realdebitor har påtatt seg en innsatsforpliktelse, innebærer at han plikter å yte en faglig forsvarlig innsats for å oppnå det ønskede resultat.⁵ Skulle hans innsats likevel ikke føre til det ønskede resultat, kan han allikevel ha oppfylt sin forpliktelse og således ha krav på det avtalte vederlaget, dersom han har handlet forsvarlig og i tråd med faglige handlingsnormer.

Forsømmelser av innsatsforpliktelser i entreprisekontrakter er underlagt en ganske streng faglig culpanorm, *profesjonsansvaret*. Profesjonsansvaret er en ulovfestet spesialregel som er vokst frem gjennom langvarig domstolspraksis, med grunnlag i den alminnelige culpanormen.⁶

Den alminnelige culparegel i norsk rett er tuftet på den romerrettslige regelen om *”bonus pater familias”* – den gode familiefar. Etter den alminnelige regel skal vurderingen av hvorvidt det foreligger culpøs adferd, gjøres på grunnlag av

*”hvorvidt den (handlingen, min presisering) med hensyn til aktsomhet eller forsvarlighet objektivt sett i alt vesentlig tilfredsstiller – eller ikke tilfredsstiller – hva man i handlingssituasjoner av den foreliggende art, faglig, sosialt og menneskelig finner det rimelig å kreve”.*⁷

Culpanormen som følger med profesjonsansvaret har en noe annen karakter enn den vi finner på skadeserstatningens område, ettersom profesjonsansvaret *pådras frivillig* ved at rådgiveren *mot betaling* tar på seg et oppdrag som innebærer at han skal levere en ytelse.

⁵ Hagstrøm (2004) s. 115

⁶ Se pkt. 2.2.2

⁷ Andersen (1976) s. 71

For profesjonsutøveren er det den faglige handlingsnormen som trer i forgrunnen for vurderingen. Det er gjennom sin rolle som profesjonsutøver at rådgiveren, på bakgrunn av sin særskilte utdanning og kompetanse, kan pådra seg ansvar for prosjekteringsfeil. Profesjonsansvaret er, i motsetning til den alminnelig culpaparegel på deliktsrettens område, en *objektiv forpliktelsestype*. Det særegne trekk er at rådgiverens ytelse vurderes opp mot objektive krav til hans faglige innsats og opptreden, altså *prosessen* han skal anvende.

2.2.2 Rettskilder

Profesjonsansvaret er vokst frem gjennom langvarig domstolspraksis og eksempler fra rettspraksis finnes gjennom hele forrige århundre og fram til dags dato. Av de tidlige interessante avgjørelser kan for eksempel Rt. 1924 s. 81 nevnes. Dommen omhandler erstatningsplikt i forbindelse med tap oppstått som følge av en banksjefs uvitenhet om internasjonale bankregler, slik at en bankgaranti som ellers måtte anses gyldig allikevel ble underkjent av banken. Høyesterett uttalte i denne sammenheng om banksjefens ansvar:

” Selv om man stiller noksaa store krav til en bankchefs viden og agtsomhetspligt...” (s. 83)

Det særlig interessante ved overnevnte uttalelse er at den synes å illustrere at vurderingen som gjøres av banksjefen, primært er basert på hans stilling og kompetanse i kraft av denne.

Rammene for profesjonsansvaret er senere trukket opp i mer presise formuleringer fra domstolene. Den klassiske avgjørelse fra nyere tid er Rt. 1995 s. 1350 Megler/takstmann-dommen. Dommen omhandler eiendomsmegler og takstmanns ansvar for boligkjøpers krav i forbindelse med at underetasjen i den kjøpte bolig ikke var godkjent for beboelse.

Høyesterett uttalte i denne avgjørelsen at

”Det gjelder i utgangspunktet et strengt ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet.” (s. 1356).

Overnevnte uttalelse er generell og det henvises hyppig til den i senere domstolsavgjørelser som gjelder profesjonsansvar for ulike typer realdebitorer og profesjonsutøvere.⁸

Rt. 2000 s. 671 Ideal-dommen slår også fast at det eksisterer en skjerpet culparegel for profesjonsutøvere, og utdyper til en viss grad hva dette innebærer for profesjonsutøverens medkontrahent. Saken gjaldt tidligere DnBs ansvar for uaktsom finansiell rådgivning som påførte deres kunde et økonomisk tap. Førstvoterende uttalte blant annet at:

*”Vurderingen av hvilke krav som må stilles til aktsomheten ved DnBs rådgivning, må ta sitt utgangspunkt i at norsk rett bygger på **et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere.**”* (....) *”Generelt antar jeg at når det inngås avtale om finansiell rådgivning mellom en bank og en bankkunde, må kunden som alminnelig regel kunne kreve **høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning.** Ut fra dette fremstår det for meg som lite tvilsomt at Nordby hadde en berettiget forventning om å motta **oppdaterte og faglig baserte råd** som grunnlag for Finanssenterets plasseringsanbefalinger.”* (s. 688) (mine uthevinger)

Uttalelsene fra Ideal-dommen omhandler rådgivningsytelser og har således overføringsverdi til rådgivning i entrepriseforhold.

På entrepriserettens område har det for rådgiveren vært praktisert et uaktsomhetsansvar i svært lang tid. NS 3403 som var forløperen til de moderne standardene NS 8401, 8402 og

⁸ Se for eksempel Rt. 2000 s. 671 (Ideal-dommen)

8403, hadde en bestemmelse om rådgiverens erstatningsansvar ved tap forårsaket ved uaktsomhet i pkt. 12.1, og Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i Bergen (heretter BFJR) uttaler i sin uttalelse nr. 529 (2001) at

”Utgangspunktet er at arkitekten svarer for utvist faglig forsømmelse, jfr. hovedregelen om dette i NS 3403 pkt. 12.1. (...). Ansvarsgrunnlaget vil være like klart også uten formell henvisning til NS 3403.”

Uttalelsen gjaldt en arkitekts ansvar for prosjekteringsfeil i form av kubbhuskonstruksjoner som viste seg for små for tilfredsstillende luftinntak, og viser at BFJR oppfatter at rådgiveren hefter etter en culparegel både etter standardens regler og etter bakgrunnsretten.

Lagmannsretten uttaler i LB-2008-146820 om ansvar for byggeleder etter den gamle NS 3403 at:

”I utgangspunktet skal det ved vurderingen av profesjonsansvar legges en streng aktsomhetsnorm til grunn. Likevel vil ikke enhver bebreidelse mot tjenesteyteren begrunne ansvar. Til dette må kreves at det, i forhold til en rimelig forventning på vedkommende område, er opptrådt uforsvarlig i forhold til oppdragsgiverens interesser, oppdraget tatt i betraktning, og om den ansvarlige i det konkrete tilfellet hadde praktisk mulige og bedre handlingsalternativer.”

Rådgiverens profesjonsansvar kommer også til uttrykk i den moderne kontraktsstandard NS 8401 fra 2000, pkt. 13.1, som behandles i det følgende.

2.2.3 Nærmere om culpavurderingen

2.2.3.a Generell vurdering

Avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse kan skyldes både at leveransen ikke tilfredsstiller avtalte krav til egenskaper (resultat) men også i avvik fra avtalt prosess og fremgangsmåte.

Det er alminnelig kjent at både faktiske handlinger og unnlatelser kan utgjøre culpøs adferd.

Vilkåret om at faglig forsvarlig handlemåte må være overtrådt, kan spaltes i to vurderinger. Først og fremst må det vurderes hvorvidt rådgiveren gjennom prosjekteringsfeilen har overtrådt offentligrettslige normer. Videre vurderes hvorvidt han har overtrådt bransjenormer. Relevante bransjenormer i rådgiverens tilfelle er for eksempel faglige veiledere utarbeidet av bransjeorganisasjonene, som for eksempel Norske Arkitekters Landsforening (NAL), Rådgivende Ingeniørers Forening (RIF) og TEKNA.⁹ Fast og anerkjent praksis i bransjen brukes som bakteppe for å vurdere hvilke berettigede forventninger oppdragsgiver hadde til rådgiverens leveranse. Dersom rådgiverens innsats ikke samsvarer med slike alminnelige normer kan dette være en indikasjon på at hans innsats ikke har vært faglig forsvarlig (mer om dette under pkt. 5.3).

Betydningen av anerkjent bransjepraksis og bransjenormer som vurderingsbakgrunn illustrerer profesjonsansvarsregelens empiriske og sosiologiske grunnlag.¹⁰

2.2.3.b Individuell vurdering

Ansvar for kontraktsmessige avvik kan også betinges av at rådgiveren må kunne sies å ha opptrådt uaktsomt etter en individuell vurdering. I denne vurderingen vil mange av de vurderingsmomenter som gjør seg gjeldende for det alminnelige culpaansvaret, være aktuelle. En sannsynlighet for at prosjekteringsfeil kan oppstå i den gitte situasjonen, betinger en skjerpet aktsomhet hos rådgiveren. Jo mer synbar risikoen for prosjekteringsfeil er, desto strengere er kravet til rådgiverens aktsomme opptreden. Hvilke handlingsalternativ rådgiveren hadde i den situasjonen der prosjekteringsfeilen oppstod er også sentralt i vurderingen av om han var uaktsom. Dersom han kunne ha truffet rimelige kontrolltiltak eller forebyggende tiltak som ville avverget prosjekteringsfeilen, trekker dette i retning av at han ikke har opptrådt tilstrekkelig aktsomt. Tidsmomentet er heller ikke

⁹ Se pkt. 3.2.2.b jf kap. 6

¹⁰ Lødrup (1999) s. 129

irrelevant; dersom rådgiveren hadde rimelig tid til å vurdere handlingsalternativene og slik detaljplanlegge sin leveranse, vil han vurderes strengere enn om han var satt under betydelig tidspress.¹¹ Jeg antar dog at tidsmomentet vil ha noe tyngre vekt i en alminnelig culpavurdering enn i profesjonsansvaret, ettersom rådgiveren med viten og vilje har tatt på seg en kontraktsmessig forpliktelse under de forhold som foreligger i det konkrete tilfellet. Tar han på seg en forpliktelse som innebærer tidspress, gjør han dette i utgangspunktet for egen risiko, og den naturlige løsningen er at han priser ulempen tidspresset medfører. Uten betydning er tidsmomentet derimot ikke, og det kan tenkes tilfeller der rådgiveren blir influert av andre forhold etter kontraktsinngåelse som vil påvirke hans leveranse. Uavhengig av om slike forhold vil kunne utløse rett til fristforlengelse, er det ikke utenkelig at det også kan anføres som en unnskyldningsgrunn fra rådgiverens side.

Rådgiverens villfarelse om faktiske forhold som er av betydning for prosjekteringsfeilen, er ikke uten videre noen relevant unnskyldningsgrunn. Avgjørende vil det være om rådgiveren *burde* hatt den nødvendige kunnskapen eller om han *burde* ha søkt hjelp til å erverve denne fra andre.¹² Dersom rådgiveren har vurdert en faktisk situasjon galt, vil vurderingstemaet være hvorvidt hans bedømmelse av situasjonen som sådan, var forsvarlig.

2.2.4 Profesjonsansvarets uttrykk i NS 8401

Regelen om rådgiverens ansvar ved prosjekteringsfeil er kommet direkte til uttrykk i NS 8401 pkt. 13.3, 1. ledd, som stadfester at oppdragsgiver kan kreve erstattet påregnelig tap som følge av prosjekteringsfeil. Pkt. 13.1, 1. ledd beskriver hva som er å regne som prosjekteringsfeil:

”Det foreligger prosjekteringsfeil når oppdraget ikke er utført i samsvar med kontrakten og dette skyldes at kravet til faglig forsvarlig handlemåte eller aktsomhet ikke er overholdt.”.

¹¹ Tilsvarende for den alminnelige culparegel: Lødrup (1999) s. 145

¹² Lødrup (1999) s. 147

Formuleringen foreskriver en toleddet vurdering; først avgjøres hvorvidt det foreligger *avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse*, videre vurderes om dette skyldes at rådgiveren har avveket fra *faglig forsvarlig opptreden eller uaktsomhet* for øvrig. Formuleringen synes å være en videreføring av det alminnelige ulovfestede profesjonsansvar i norsk rett.

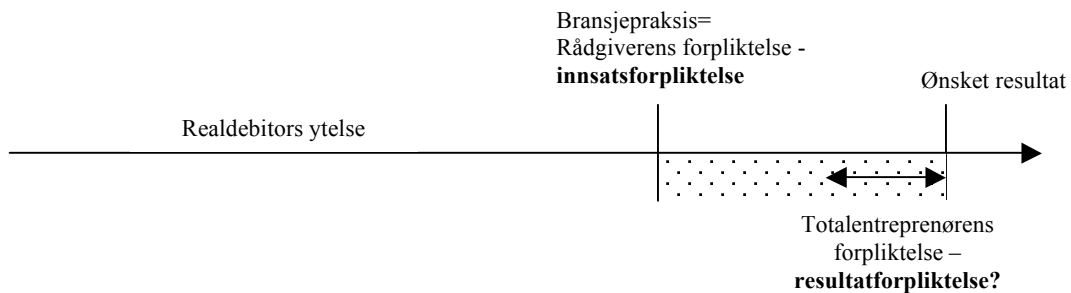
2.3 Totalentreprenørens prosjekteringsrisiko – en resultatforpliktelse?

2.3.1 Problemstilling

I motsetning til formuleringen i NS 8401, inneholder ikke den parallelle mangelsbestemmelsen i NS 3431 noen betingelse om utvist culpa fra entreprenørens side. NS 3431 pkt. 37.1 foreskriver en objektiv mangelsvurdering, hvilket innebærer at innenfor totalentreprenørens risikofære, vil årsaken til at mangelen oppstod være irrelevant. Problemstillingen som skal drøftes i det følgende, er hvilken betydning denne objektive formuleringen har for bedømmelsen av totalentreprenørens forpliktelse, og hvorvidt den skal tolkes som at totalentreprenøren har påtatt seg en *resultatforpliktelse* med henhold til prosjekteringsytelsen.

Tilfellene hvor kategoriseringen av forpliktelsestypen er avgjørende for kontraktsbruddsvurderingen, er når totalentreprenøren *har* oppfylt i henhold til vanlig god bransjepraksis, men hvor dette ikke har vært tilstrekkelig til å frembringe det ønskede resultat. Spørsmålet blir da *om*, og i så fall *hvor mye mer* av risikoen som tilligger totalentreprenøren enn rådgiveren hva gjelder prosjekteringen.

Problemstillingen kan illustreres med en modell, se figur 1:



Figur 1: Figuren illustrerer hvordan grensen for rådgivers innsatsforpliktelse trekkes sammenfallende med bransjepraksis, mens grensen for totalentreprenørens forpliktelse er mer uklar. I denne avhandlingen skal det forsøkes å trekkes en grense for denne forpliktelsen.

Modellen illustrerer hvordan grensen for rådgivers innsatsforpliktelse trekkes ved alminnelig bransjepraksis. En renskåret resultatforpliktelse ville innebære at totalentreprenørens forpliktelse i alle henseende skulle sammenfalle med et krav til oppnåelse av ønsket resultat. Kommer man til at totalentreprenøren bærer hele eller deler av risikospekteret som *overskyter rådgiverens forpliktelse*, er det rettmessig å vurdere totalentreprenørens forpliktelse som en resultatforpliktelse.

I denne avhandlingens kapittel 4, 5 og 6 skal det nærmere innholdet av totalentreprenørens forpliktelse drøftes, for å studere hvor grensen for hans forpliktelse må trekkes i forhold til praktiske typetilfeller av prosjekteringsfeil.

Ytelser med stort innslag av personlig arbeidsinnsats, som for eksempel advokattjenester, arkitektbistand og rådgivningsytelser, anses ofte som innsatsforpliktelser.¹³ Dersom

¹³ Hagstrøm (2004) s. 117

totalentreprenøren skal anses å ha en resultatforpliktelse, vil dette i så fall innebære at han for de kvalitativt samme ytelsene, hefter etter en strengere norm enn rådgivere. Dette er i så tilfelle et interessant avvik fra overnevnte utgangspunkt.

I det følgende skal det sees hen til rettspraksis som vedrører totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse, tidligere oppfatning og historikk, samt forpliktelsens uttrykk i NS 3431.

2.3.2 Rettspraksis

Ettersom en betydelig andel tvister i entrepriseforhold løses ved voldgift, er utvalget av rettspraksis noe begrenset.

En helt sentral dom som vedrører totalentreprenørens forpliktelse er Rt. 1968 s. 783, den såkalte *Byggmesterdommen*. Dommen har vært grunnleggende for hvordan totalentreprenørens forpliktelse anses, og la i sin tid til grunn at entreprenøren hadde en forpliktelse som lignet på en innsatsforpliktelse. Dommen og dennes betydning for dagens totalentreprenørforpliktelse behandles i sin helhet i avhandlingens pkt. 4.3.2. c, og omtales derfor ikke videre i dette avsnitt for å unngå dobbeltbehandling.

Borgarting Lagmannsretts dom LB-2005-131009 omhandler blant annet totalentreprenørens risiko for funksjonssvikt i form av utilstrekkelig temperatur i en restaurant. Domstolen uttaler følgende om mangelsvurderingen:

” Selv om lagmannsretten i likhet med tingretten anser det tvilsomt hva som i praksis har vært omfanget av temperaturproblemet i restauranten, er den ikke i tvil om at Buer etter kontrakten har ansvar for et funksjonskrav (tilstrekkelig innetemperatur) som ikke er oppfylt. Det foreligger da en mangel, jf NS 3431 punkt 37.1.”

Det er tydelig at vurderingen som gjøres er rent objektiv, og at domstolen utvilsomt anser at totalentreprenøren hadde en forpliktelse til å frembringe det avtalte resultatet.

En annen dom fra Borgarting Lagmannsrett (LB-1999-02675) omhandlet prosjektering og leveranse av et rekkverk til et parkeringshus. Flertallet fant at høyden på rekkverket var for lav i forhold til gjeldende byggeforskrifter, og at dette innebar en mangel:

”Den manglende oppfyllelse av byggeforskriftene representerte således en mangel fra entreprenørens side som denne etter punkt 37.1 i NS 3431 var forpliktet til å utbedre vederlagsfritt for oppdragsgiveren etter punkt 37.2.”

2.3.3 Tidligere oppfatning og historikk

NS 3431 ble vedtatt i 1992 som den første norske standard for totalentreprise. Før denne tid var det ikke sjelden at NS 3401, som var den tidligere utførelsesentreprisestandard (i dag erstattet av NS 8405), ble benyttet nokså ukritisk også ved totalentrepriser, uten at konsekvensene av de særegenheter som kommer med totalentreprenørens prosjekteringsytelse, i særlig grad ble tatt hensyn til.¹⁴ For at NS 3401 skulle være anvendelig også for totalentrepriser, gjorde partene selv i stor grad egne tilpasninger i standardens reguleringer. De enkelte entreprenører synes i denne tiden å ha vernet om egenformulerte kontraktsvilkår¹⁵, hvilket ikke usannsynlig bidro til en *lite ensartet praksis*. Det er på det rene at totalentreprise har tiltatt i popularitet etter vedtakelsen til NS 3431, og kontraktsformen har gradvis blitt mer brukt med årene. I en periode etter vedtakelsen av totalentreprisestandarden ble kontraktsformen i stor grad brukt ved prosjekter med standardiserte bygg, som for eksempel lagerhaller, mens utviklingen siden da har gjort totalentreprisen populær også for de mer avanserte byggeprosjekter.¹⁶

¹⁴ Barbo (1990) s. 10

¹⁵ Barbo (1990) s. 10

¹⁶ Hagstrøm (1997) s. 85

Et grunnprinsipp for entrepriser er at risikoplasseringen følger funksjonsdelingen mellom kontraktpartene. Dette innebærer at partene hver bærer risikoen for elementer de selv besørger.

At entreprenøren tar på seg en kontraktsforpliktelse som innebærer at han på objektivt grunnlag er forpliktet til å utbedre eventuelle mangler, synes også å ha vært ordningen over lang tid. Tore Sandvik skrev allerede i sitt verk ”*Entreprenørrisikoen*” i 1966 følgende om entreprenørens forpliktelse:

”Med henblikk på retten til vederlag kan en derfor reise spørsmålet om den forpliktelse entreprenøren har påtatt seg, er en plikt til bestemte oppofrelser (innsats, egen presisering) eller til et bestemt resultat. Nå er det riktignok (...) normalt en naturlig forståelse av en entreprisekontrakt at entreprenøren, trass i vansker og hindringer som påfører ham oppofrelser utover det forutsatte, skal fullføre arbeidet slik at det leder fram til det angitte resultat, det ferdige bygg eller anlegg.”¹⁷

Av dette følger at Sandvik oppfattet det slik at entreprenøren normalt sett påtar seg en resultatforpliktelse for de deler han selv svarer for. En naturlig følge skulle da være at dersom entreprenøren også påtar seg å forestå prosjekteringen, vil resultatforpliktelsen også omfatte dette.

Sandvik skriver videre følgende:

”Nå er det ikke med dette meningen å ta standpunkt til det uklare spørsmål om i hvilken utstrekning et erstatningsansvar for entreprenøren er betinget av culpa eller andre tradisjonelt ansvarsbetingende omstendigheter. (...) I entrepriseforhold kan imidlertid enkelte mangelskrav som utvilsomt må rubriseres som erstatningskrav,

¹⁷ Sandvik (1966) s. 164-165

gjøres gjeldende på rent objektivt grunnlag; først og fremst gjelder dette oppdragsgiverens krav på dekning av kostnader ved utbedring av mangler.”¹⁸

Barbo skriver om entreprenørforpliktelsen at:

”Et sentralt element i en entreprisekontrakt er at entreprenøren påtar seg en resultatforpliktelse. Han skal ikke, som for eksempel ved arbeidskontrakter, kun utføre et arbeid som tilstreber et visst resultat, men han har også risikoen for at dette resultat faktisk oppnås. Dette innebærer at det er irrelevant hvilke metoder han benytter for å oppnå det forventede resultat, så lenge kontraktens krav oppfylles. Ved tradisjonell entreprise, med prosjektering på byggherresiden, vil entreprenøren ha resultatrisikoen når årsaken til en eventuell resultatsvikt ikke ligger i prosjekteringen i form av uheldig metodevalg, feil i byggetegninger e.l. (...) Ved totalentreprise vil derimot entreprenørens risikoområde utvides betraktelig. Entreprenøren vil her i utgangspunktet ha risikoen for at det forventede resultat oppnås, uten begrensninger med hensyn til årsaken til en eventuell resultatsvikt.”¹⁹

På grunnlag av dette er det naturlig å anta at bransjen på disse tidspunktene var av den oppfatning at en entreprenør regulært påtok seg en resultatforpliktelse, og at grunnprinsippet om funksjonsfordelingen ville medført at en totalentreprenør da måtte sies å ha påtatt seg en resultatforpliktelse også for prosjekteringen.

¹⁸ Sandvik (1966) s. 379

¹⁹ Barbo (1990) s. 53

2.3.4 Totalentreprenørens forpliktelse etter NS 3431

Totalentreprenørens kontraktsforpliktelse for prosjekteringsytelsen er kommet til uttrykk i NS 3431 pkt. 37.1. Bestemmelsen regulerer hva som regnes som en mangel som utløser utbedringsplikt for totalentreprenøren:

”Det foreligger mangel dersom kontraktarbeidet ikke er i den stand oppdragsgiveren har krav på etter kontrakten, og dette skyldes prosjektering, utførelse eller andre forhold totalentreprenøren svarer for.”

Prosjekteringsytelsen er underlagt samme mangelsvurdering som utførelsen, og det foreligger en mangel dersom det objektivt sett foreligger et avvik mellom det avtalte og det leverte, og dette skyldes forhold totalentreprenøren svarer for. Først vurderes altså hva oppdragsgiveren har krav på etter kontrakten, og videre om det foreligger avvik fra dette i det som er levert. Dette må avgjøres ved tolkning av kontrakten på bakgrunn av tolkningsregler i NS 3431 pkt. 4.2 jf 4.1, samt alminnelige regler om tolkning.

Til tross for at ordet resultatforpliktelse ikke er brukt i standarden, vil en ren ordlydsmessig tolkning av pkt. 37.1. trekke i retning av å si at totalentreprenøren har påtatt seg en resultatforpliktelse, ettersom mangelsvurderingen er objektiv i den forstand at grunnen til prosjekteringsfeilens er irrelevant så fremt den tilhører hans egen risikofære.

2.3.5 Entreprenørens prosjekteringsforpliktelse etter NS 8405

NS 8405 er gjeldende Norsk Standard for utførelsesentrepriser, og 2. utgaven fra 2008 er et av de mest moderne kontraktsuttrykk vi har innen entreprise. Utgangspunktet i utførelsesentrepriser er at prosjekteringen forestås av oppdragsgiver. Allikevel kan utførelsesentrepriser inneholde elementer av totalentreprise, hvor det forutsettes at

entreprenøren selv prosjekterer. Dette er tilfellet om kontrakten inneholder funksjonskrav.²⁰
NS 8405 pkt. 13.1 regulerer entreprenørens prosjektering ved funksjonskrav:

*” Dersom beskrivelsen eller andre kontraktsdokumenter fastsetter at
entreprenøren skal oppnå et bestemt funksjonskrav for enkelte deler av
kontraktarbeidet, skal entreprenøren forestå nødvendig prosjektering for dette.
Funksjonskrav som fremgår av tegning, skal også fremgå av beskrivelsen.
(...)*

*Dersom entreprenøren skal prosjektere, har han ansvar for alle
tilleggs kostnader som følge av feil og uoverensstemmelser i sin prosjektering.
Medfører feil eller uoverensstemmelser i slik prosjektering mangler ved
kontraktarbeidet, behandles disse etter bestemmelsene i punkt 36.
(...)”*

Bestemmelsens annet ledd er rent objektiv og gir ingen anvisning på noen
uaktsomhetsvurdering ved prosjekteringsfeil overhodet. Dersom partene som
fremforhandlet standarden mente at entreprenøren for sin prosjektering skulle ha samme
forpliktelse som en selvstendig kontrahert rådgiver, ville det utvilsomt vært naturlig at
denne bestemmelsen avspeilet dette ordlydsmessig.

NS 8405 pkt. 13.1 må sees som et uttrykk for at entreprenøren har en *resultatforpliktelse*
for prosjekteringen han forestår i forbindelse med funksjonskravene i kontrakten. At
situasjonen for totalentreprenøren skulle være annerledes, fremstår som lite hensiktsmessig.
Denne bestemmelsen er et argument for å anse også totalentreprenørens
prosjekteringsforpliktelse som en resultatforpliktelse.

²⁰ Se pkt. 3.2.1.a

2.3.6 Totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse etter NS 8407

Ettersom dagens totalentreprisestandard er under revisjon i forbindelse med omlegging til ny NS 8407, er det relevant å se hen til hvordan totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse fremstår i det foreløpige utkastet til ny standard.

I utkastet til NS 8407 regulerer pkt. 42.1 mangelsvurderingen og lyder:

”Det foreligger mangel dersom kontraktarbeidet ved overtakelsen ikke oppfyller kravene etter punkt 14, og dette skyldes forhold totalentreprenøren svarer for.(...)”

NS 8407 pkt. 14 regulerer krav til kontraktarbeidet i forhold til avtalte krav, oppdragsgivers formål, offentlige og privatrettslige normer, mv. Heller ikke denne formuleringen gir henvisning på noen vurdering av totalentreprenørens aktsomhet, og åpner ikke for noen unnskyldningsgrunner i så måte. Også denne bestemmelsen gir uttrykk for at totalentreprenøren har en resultatforpliktelse for alle kontraktens deler. Særlig interessant er det også at denne formuleringen i motsetning til pkt. 37.1 i NS 3431 ikke ordlydsmessig skiller mellom prosjektering og utførelse. Skillet mellom prosjektering og utførelse i pkt. 37.1 er overflødig, ettersom vurderingen er den samme for begge deler av kontraktarbeidet. Den enklere henvisningen *”forhold totalentreprenøren svarer for”* styrker tanken om totalentreprisen med en enhetlig risikomodell for hele entreprisen.

Problemstillingen om totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse har vært oppe til diskusjon over lengre tid, og det må antas at når partene som fremforhandler den nye standarden velger å benytte seg av denne objektive formuleringen, må dette sees som et klart uttrykk for at man mener totalentreprenørens forpliktelse både for prosjekteringen så vel som utførelsen, er av typen *resultatforpliktelse*.

2.4 Sammenfatning

Rådgiverfeil har gjennom lang tid i norsk rett vært sanksjonert med det alminnelige profesjonsansvaret, hvilket gir sikre holdepunkter for å anse rådgiverens ytelse som en

forpliktelse av typen *innsatsforpliktelse*. Når det oppstår spørsmål om prosjekteringsfeil, skal det foretas en vurdering av rådgiverens adferd sett i lys av omstendighetene den ble foretatt under. For å vurdere hvorvidt rådgiveren har opptrådt faglig forsvarlig, benyttes faglige normer og fast bransjepraksis som sammenligningsgrunnlag. Disse objektive normene medfører at profesjonsansvaret er en *objektivt fundert culpanorm* hvis krav rettes mot *prosessen, i motsetning til resultatet*.

Det synes klart at totalentreprenøren påtar seg en forpliktelse som i større grad enn for rådgiverens vedkommende innebærer at han, for å ha krav på det avtalte vederlaget, må frembringe et bestemt resultat. En konsekvens av å anse totalentreprenørens forpliktelse som en resultatforpliktelse, er at mangelsvurderingen vil være betydelig enklere enn for rådgiveren. Foreligger det et objektivt avvik fra det avtalte, er dette en mangel som utløser en utbedringsplikt for totalentreprenøren, så fram avviket ikke kan spores tilbake til den annen part, altså oppdragsgiver. Dette korresponderer godt med tanken om totalentreprisen som en kontraktsform som samler risikoen for oppdragsgiver. De mer moderne kontraktsstandarder for entrepriser NS 8405 og kommende NS 8407 gir begge uttrykk for en rent objektiv mangelsvurdering, hvilket må være et viktig argument for at totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse er nettopp av typen *resultatforpliktelse*.

I avhandlingens kapittel 4, 5 og 6 skal det vurderes om det kan være områder hvor rådgiverens forpliktelse praktiseres så strengt at den kan sies å ligne resultatforpliktelsen, samt om det kan tenkes tilfeller der totalentreprenøren *ikke* svarer for å oppnå et bestemt resultat, og således vil ha en modifisert resultatforpliktelse.

3 Systemene for beskrivelse av aktørenes forpliktelser

3.1 Innledning

I det foregående kapittelet ble realdebitorenes forpliktelsestyper drøftet på generelt grunnlag. I det følgende skal det sees nærmere på *systemene* for beskrivelse av rådgiver og totalentreprenørs forpliktelser, henholdsvis *NS 8401* og *NS 3431*. Innenfor hver av de to standardene fremkommer krav til realdebitorens ytelser. Noen normer representerer krav til hvordan realdebitor skal handle, altså *prosesskrav*, mens andre normer stiller krav til egenskaper ved kontraktarbeidet, altså *resultatkrav*. En norm som retter seg mot prosessen vil være tilfredsstilt dersom realdebitor har *ytt i henhold til denne*, mens en resultatnorm først vil være ivaretatt ved *oppnåelsen av det påkrevde resultatet*. Det ble tidligere fastslått som et utgangspunkt at rådgiverens forpliktelse hadde karakter av innsatsforpliktelse, mens totalentreprenørens forpliktelse trolig må karakteriseres som en resultatforpliktelse.²¹ I denne del av avhandlingen skal de nærmere uttrykkene for dette studeres.

I de kommende avsnittene skal normsystemene studeres i grove trekk for å avgjøre hvilke forpliktelsestyper de enkelte bestemmelsene representerer. Formålet med denne drøftelsen er å belyse karakteren av aktørenes forpliktelsestyper, og det er således ikke gitt noen uttømmende redegjørelse for normenes materielle innhold.

3.2 Privatretslige normer

De privatretslige normene kan deles inn i normer som er spesifikke for avtalen mellom partene, og normer som er av mer generell karakter, som eksempelvis bransjenormer. I det følgende behandles først de avtalespesifikke normene før de generelle drøftes nedenfor, inndelt i Norsk Standard og mer allmenne og abstrakte normer.

²¹ Jf pkt. 2.2 og 2.3

3.2.1 Avtalespesifikke normer

De avtalespesifikke normer omfatter både konkrete avtalte krav og oppdragsgivers formål. Forholdet til de avtalespesifikke normer reguleres i henholdsvis NS 3431 pkt. 11.2 og 12.1 og NS 8401 pkt. 7.4, 3. ledd og 4.2.1.

3.2.1.a Avtalte krav

At ytelsen skal være i samsvar med avtalte krav, følger for totalentreprenøren av NS 3431 pkt. 12.1, og for rådgiveren av NS 8401 pkt. 7.4, 3. ledd. Dette er i samsvar med den kontraktsrettslige grunnsetning ”pacta sunt servanda” – *avtaler skal holdes*. Hvilke krav partene har avtalt vedrørende prosjekteringen må avgjøres etter en tolkning av kontraktsdokumentene og kontraktsforholdet for øvrig, der eventuell innbyrdes motstrid løses av forrangs- og tolkningsreglene i pkt. 4.1 og 4.2 for totalentreprenørens vedkommende, og pkt. 4.1 for rådgiveren.

NS 3431 pkt. 12.1, 1. ledd lyder:

”Totalentreprenøren plikter å foreta prosjektering, levering og utførelse i overensstemmelse med avtalte krav. (...)”.

Normen tar her sikte på *resultatet* av totalentreprenørens ytelse, nemlig at det skal være i overensstemmelse med avtalte krav. Videre har normen karakter av å være en pliktregel, og dette er et klart uttrykk for totalentreprenørens resultatforpliktelse for de avtalte krav.

NS 8401 pkt. 7.4, 3. ledd lyder:

”Er det fastsatt rammer for kostnader eller fastsatt areal- eller funksjonskrav for prosjektet, skal prosjekteringen tilrettelegges slik at disse rammene eller kravene kan overholdes. Dersom prosjektet ikke lar seg gjennomføre innenfor de angitte

rammene, skal den prosjekterende varsle oppdragsgiveren uten ugrunnet opphold når den prosjekterende blir klar over dette.”.

Regelen har en annen form enn den som regulerer totalentreprenørens forhold, og at rådgiveren skal *tilrettelegge* for at de fastsatte *rammene* eller *kravene* kan overholdes er et uttrykk for en innsatsforpliktelse.

Hvilke krav partene avtaler seg i mellom er varierende og avhenger i stor grad av hva slags prosjekt det er snakk om, hvilke ønsker oppdragsgiver har til det ferdige resultatet og hvordan man ønsker at realdebitors ytelse skal gjennomføres. Slike avtalte krav kan igjen ta sikte på å regulere både prosess og resultat, typisk *funksjon*.

Avtalefestede krav til prosjekteringsprosessen forekommer både i standardene som er gjort til del av avtalen og ikke sjelden har partene også inntatt egne klausuler om den forestående prosessen. Krav til prosess kan være av både faglig og administrativ karakter. Som eksempel på faglige prosesskrav kan det nevnes krav til bruk av spesielle dataverktøy, spesifikke kvalifikasjonskrav til den som skal utføre prosjekteringsytelsen, krav til tredjepartsverifikasjon og krav til samordning med oppdragsgivers øvrige kontraktsparter. Med administrative prosesskrav forstår jeg eksempelvis spesifikke lagringsinstruksjoner for elektronisk materiell, regler om diskresjon og konfidensialitet, konkrete krav til forsendelser og leveranser mellom partene, tidsfrister for gjennomføring av prosjekteringsytelsens enkelte deler, samt krav til dokumentasjon.

Noen av de avtalte prosesskravene vil i større grad enn de andre ha karakter av hovedforpliktelse, mens øvrige, som for eksempel konfidensialitetsregler vil kunne ha karakter av biforpliktelser.²²

²² Hagstrøm (2004) s. 112

I noen tilfeller vil manglende oppfyllelse av et prosesskrav manifestere seg konkret, mens det i andre tilfeller kan tenkes at ikke-oppfyllelsen først viser seg ved at den forplanter seg i prosjekteringsprosessen. Prosesskrav er gjerne normer om *hvordan man skal oppnå et ønsket resultat*. Slik kan det tenkes at prosesskrav i noen tilfeller forsømmes uten at dette påberopes av oppdragsgiver, dersom det ønskede resultatet som *motiverte det avtalte prosesskravet*, likevel inntreffer – om så enn bare på grunn av heldige tilfeldigheter. Særegent for prosesskrav kontra de to øvrige kategoriene er også at de kan være umulige å reversere, slik at utbedring ikke kan komme på tale ved omprosjektering.

Dersom avtalte prosesskrav ikke overholdes vil dette kunne innebære en mangel. For rådgiverens vedkommende er det særegne ved hans innsatsforpliktelse at de kravene som stilles til hans leveranse regulært er rettet mot den prosessen han skal anvende, og ikke hvilket resultat innsatsen leder fram til. Slik er det rimelig selvsagt at prosesskrav er krav hvis manglende oppfyllelse vil innebære en prosjekteringsfeil rådgiveren har risikoen for. At totalentreprenøren i mange tilfeller også vil være underlagt prosesskrav, er ikke tvilsomt. For prosesskrav synes det å være stor grad av sammenfall mellom rådgiver og totalentreprenørs forpliktelse, ettersom dette er handlingsnormer som gir uttrykk for en innsatsforpliktelse og ikke en resultatforpliktelse.

Etter NS 8401 pkt. 7.4, 3. ledd har rådgiveren bare en innsatsforpliktelse til å tilrettelegge for at de avtalte normer og funksjonskrav kan tilfredsstilles. Det er ikke tvilsomt at hans ytelse i dette henseende ikke går lenger enn hva som kan kreves av ham etter en faglig forsvarlig handlingsnorm. I det følgende skal det imidlertid totalentreprenørens forpliktelse for prosjektets avtalte funksjonskrav, drøftes.

Med funksjonskrav menes et

*”spesifisert krav til byggets eller anleggets egenskaper, anvendelse, holdbarhet, drift, vedlikehold o.l. som normalt konstateres ved måling, prøving eller bruk.”.*²³

Det fremgår av overnevnte definisjon at funksjonskravene retter seg mot *resultat*.

Rådgiveren har etter sin innsatsforpliktelse i utgangspunktet ikke har risikoen for at den ønskede funksjon rent faktisk oppnås, så langt han har prestert i henhold til bransjenormene.

For totalentreprenørens del kommer de avtalte funksjonskravene i en annen stilling.

Særegent med totalentreprisen som kontraktsform er *den vide valgfrihet* totalentreprenøren har med henhold til valg av løsninger. En av måtene oppdragsgiver kan styre totalentreprenørens leveranse på, er ved å påvirke utformingen og egenskapene til det ferdige kontraktarbeidet gjennom funksjonskrav. Dette taler for at totalentreprenøren bør ha en forpliktelse som i stor grad innebærer at han plikter å frembringe de avtalte funksjoner ved bygget.

Barbo skriver følgende om totalentreprenørens ansvar for funksjonskravene:

”For så vidt gjelder funksjonskrav som er uttrykkelig formulert i partenes kontrakt, må det være på det rene at entreprenøren har en vidtrekkende funksjonsrisiko. Særlig ved større, individuelt utformede prosjekter vil funksjonskravene være en av de få mulighetene byggherren har til å få entreprenørens ytelsesplikt entydig og klart definert, og hvis funksjonskravene er godt formulert vil heller ikke entreprenøren være i tvil om hva han skal levere. Dette leder til den naturlige

²³ Jf NS 3431 pkt. 2.6

konklusjon at entreprenøren har den fulle funksjonsrisiko hvis det bevises at funksjonskravene ikke er oppfylt.”²⁴

Gode grunner taler for å tillegge totalentreprenøren en resultatforpliktelse for avtalte funksjonskrav i de tilfeller hvor disse *fremgår tydelig* av partenes avtale. Har totalentreprenøren frivillig påtatt seg en forpliktelse for å oppnå en gitt funksjon ved det ferdige prosjektet, må det antas at han på forhånd har tatt stilling til hvorvidt dette vil være mulig for ham å innfri.

3.2.1.b Oppdragsgivers formål

At kontraktarbeidet skal passe til oppdragsgivers formål, følger for rådgiveren av NS 8401 pkt. 4.2.1, 2. ledd og NS 3431 pkt. 11.2 for totalentreprenøren.

Regelen som omhandler rådgiverens forhold til oppdragsgivers formål, er utformet som en regel om hva som anses del av hans ytelse etter kontrakten. Oppdragsgivers spesielle formål med prosjektet eller andre spesielle forhold av betydning for oppdraget, er bare del av hans oppdrag dersom han *burde ha vært klar over* disse forholdene ved kontraktsinngåelsen. At ordet ”spesielle” er brukt, tolker jeg dit hen at de formål som må anses å være selvsagte, oppdragets karakter tatt i betraktning, anses del av oppdraget uten ytterligere vilkår. Dersom oppdragsgiver bestiller tegninger av et idrettsanlegg vil det være en åpenbar mangel dersom tegningene som ble levert egnet seg bedre som sykehus. Imidlertid er det klart at rådgiverens forpliktelse for at hans leveranse passer til oppdragsgivers formål ikke er mer enn en innsatsforpliktelse, ettersom hans ytelse i alle henseende er begrenset av en culpavurdering i mangelsbestemmelsen i NS 8401 pkt. 13.1.

NS 3431 pkt. 11.2 lyder:

²⁴ Barbo (1990) s. 54

”Kontraktarbeidet skal passe for de formål som byggherren har med kontraktarbeidet, og som totalentreprenøren var eller måtte være kjent med da kontrakten ble inngått.”.

Jeg oppfatter at den vesentligste forskjellen i de to bestemmelsene, ligger i at totalentrepriseregelen er utformet som en pliktregel om samsvar med formålet, så framt han *var eller måtte være kjent med* disse på tidspunktet for kontraktsinngåelsen, mens den tilsvarende regel i prosjekteringsstandarden kun regulerer i hvilke tilfeller oppdragsgiverens spesielle formål er *del av rådgiverens oppdrag*. At noe er del av oppdraget er ikke ensbetydende med at han plikter å levere i samsvar med disse, men innebærer at det er underlagt hans generelle innsatsforpliktelse. Dette er i tråd med grunntanken om realdebitorenes ulike forpliktelsestyper.

Oppdragsgivers formål med bygget kan være mer eller mindre synbart for realdebitor, og kan likeledes være kommunisert overfor denne på en mer eller mindre klar og forståelig måte. Det stilles ulike krav til rådgiverens og totalentreprenørens kjennskap til det aktuelle formålet. For totalentreprenøren brukes formuleringen *”var kjent med eller måtte være kjent med”*, mens rådgiveren er forpliktet til å ivareta oppdragsgivers formål kun i den grad han *”burde være kjent med”* dette. Etter ordlyden og den tradisjonelle forståelse av disse to begreper,²⁵ kan det synes som om rådgiveren har et mer vidtgående ansvar for å bringe klarhet i hvilke formål oppdragsgiver har med prosjektet, og etter beste evne forsøke å komme fram til et resultat som tilfredsstillir disse.

Dersom kontraktarbeidet leveres i en stand som ikke er forenlig med oppdragsgivers formål, oppstår spørsmålet om hvorvidt dette innebærer en mangel med tilhørende konsekvenser. Vurderingstemaet er hvorvidt realdebitor burde/måtte være kjent med formålet. Det er sannsynlig at det må foretas en sammensatt vurdering av det konkrete

²⁵ Hagstrøm (2004) s. 149

tilfellet, der vurderingsmomenter vil være blant annet hvor *typisk* oppdragsgivers formål er og hvor *klart kommunisert* dette er ovenfor realdebitor.

Oppdragsgivers formål kan sies å i realiteten være et vagt formulert funksjonskrav. Oppdragsgivers formål medfører en del *grunnleggende funksjoner* som må være tilstede ved bygget, for at det i det hele tatt kan benyttes slik det er planlagt. Mange av de samme reelle hensynene som ble fremhevet overfor i forbindelse med funksjonskravene gjør seg her gjeldende på samme måte. Så framt totalentreprenøren kjente, eller måtte kjenne til oppdragsgivers formål med prosjektet, er det naturlig å bedømme hans forpliktelse for byggets egnethet i forhold til disse, som en resultatforpliktelse.

3.2.2 Generelle (abstrakte) normer

3.2.2.a Norsk Standard

En annen meget viktig gruppe privatrettslige normer som har betydning for entreprisekontraktene, er Norsk Standard.

For totalentreprenørens del følger det av NS 3431 pkt. 12.3,1. ledd at hans ytelse skal være i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard. Bestemmelsen innebærer at relevante regler i andre gjeldende Norske Standarder kommer til anvendelse på kontraktsforholdet. En dom som kan tjene som illustrasjon på bruk av andre gjeldende Standarder, er LB-2002-2983. Saken gjaldt leveranse av radomer til Forsvarsbygg. To av radomene havarerte etter overtakelse som følge av manglende motstandsdyktighet mot klimaforholdene på stedet. Domstolen uttaler i avgjørelsen at:

”Heller ikke kan lagmannsretten se at det gir noe særlig å se hen til gjeldende Norsk Standard på området, jf NS 3431 punkt 12.3. Som allerede nevnt, var NS 3479 norsk standard for vindberegninger da kontrakten ble inngått. Denne standarden gir ikke klare retningslinjer med hensyn til beregningen av dynamiske vindkrefter i en konstruksjon. Ser en derimot utover landegrensene, finnes det

internasjonale standarder som dekker vindlastspørsmålet i vår sak. Slike standarder er imidlertid ikke gjort til del av kontrakten mellom partene.”

Det tidsmessige skjæringspunkt er kontraktsinngåelsen, og uttalelsen viser også at det må trekkes en grense mot utenlandske standarder. En annen illustrasjon er LB-2004-4950, som gjaldt krav til avstivning av fasadekledning ved bruk av laskeplater.

”Hovedstålkontrakten viser til NS 3431 og lagmannsretten legger til grunn at standarden med videre henvisninger (punkt 12.3), derfor vil regulere Contigas plikter både når det gjelder metode for forsterkningen av losholtene og kvalitetskravene til utførelsen av sveisingen, se f.eks NS 3464 punkt 7.5.1 (3), 7.5.8 (2), 7.5.15 (5) og NS 3472 punkt 12.65.”

Et kontraktarbeid i samsvar med gjeldende Norsk Standard er en del av totalentreprenørens forpliktelse. Hvorvidt hans forpliktelse for oppfyllelse av regler i Norsk Standard er resultatforpliktelser eller innsatsforpliktelser, beror på de enkelte normene. Mange av de gjeldende standarder som vil komme til anvendelse på totalentreprenørens ytelse gjennom NS 3431 pkt. 12.3, 1. ledd, vil være lastberegningsstandarder i forhold til byggets motstandsdyktighet mot stedlige klimatiske forhold. Lastberegningsstandardene vil ofte være regler som tar sikte på *hvordan beregningsprosessen skal foretas* i form av matematiske formler for utregningen. Dette vil være normer som retter seg mot *prosess, ikke resultat*. Har totalentreprenøren benyttet seg av beregningsmetodene som følger av lastberegningsstandardene vil han ha oppfylt kravet både i selve beregningsbestemmelsen og i NS 3431 pkt. 12.3, 1. ledd. Retter normen seg derimot mot en konkret egenskap ved det ferdige bygget, er det på det rene at totalentreprenøren vil ha en resultatforpliktelse for oppfyllelse av disse.

At totalentreprenøren plikter å levere i overensstemmelse med Norsk Standard kan tolkes på to måter. Enten kan man slutte seg til tolkningen at totalentreprenøren skal oppfylle i tråd med Norsk Standard, verken mer eller mindre, eller man kan tolke bestemmelsen på

den måten at totalentreprenøren minimum må oppfylle Norsk Standard. Skulle totalentreprenøren ha overoppfylt for eksempel i forhold til kontraktarbeidets tåleevne i forhold til vindbelastning e.l. vil dette etter sistnevnte tolkning ikke innebære et kontraktsbrudd.²⁶

I motsetning til NS 3431 er det for rådgiveren ikke inntatt noen direkte plikt i standarden til å levere i overensstemmelse med Norsk Standard, utover de bestemmelser som følger av NS 8401 selv. NS 8401 pkt. 7.4, 2. ledd viser til god faglig standard, men nevner ikke Norsk Standard spesifikt. At regler som fremkommer i Norsk Standard må kunne sies å være uttrykk for god faglig standard, er ikke tvilsomt. Spørsmålet er snarere hvorvidt rådgiveren plikter å levere i overensstemmelse med Norsk Standards til dels strenge krav, eller om han kan oppfylle kontraktsmessig ved å holde seg til mildere faglige normer enn disse. Trolig må det legges til grunn at i mangel på andre faglig konkrete holdepunkter for hva som anses å være faglig forsvarlig ytelse, vil rådgiveren ha en forpliktelse til å levere i henhold til gjeldende Norsk Standard som er relevant for hans oppgaver. Norsk Standard er i så stor grad innarbeidet og akseptert som grunnlag for å vurdere den faglige forsvarligheten av entrepriser at det vanskelig kan tenkes at en rådgiver som har unnlatt å følge Norsk Standard, vil kunne høres med at hans ytelse allikevel er kontraktsmessig. Å følge Norsk Standard er også et hensiktsmessig valg av rådgiveren ettersom dette gir ham anledning til å *påvise* at han har lagt en faglig forsvarlig handlingsnorm til grunn. Imidlertid er det av betydning å nevne at i den grad relevante regler som fremkommer i Norsk Standard fremstår som resultatkrav til realdebitors ytelse, vil denne allikevel bli begrenset til en innsatsforpliktelse gjennom culpavurderingen i NS 8401 pkt. 13.1.

For totalentreprenørens del kan det forekomme særtilfeller der han oppfyller i henhold til Norsk Standard uten at dette leder fram til det ønskede resultat, eksempelvis oppfyllelsen av et funksjonskrav. Det særegne med disse tilfellene er at totalentreprenøren havner i en kontraktsbruddsituasjon, både dersom han *unnlater å følge Norsk Standard* for å velge

²⁶ Jf pkt. 6.2.2

alternative veier til målet òg dersom han følger Norsk Standard som *ikke leder til målet*. Spørsmålet som oppstår i disse tilfelle er hvorvidt han kan påberope Norsk Standard som en *unnskyldningsgrunn* som medfører at det uteblitte resultatet allikevel ikke medfører et kontraktsbrudd. Tilfellene kan deles i to hovedgrupper, der oppfyllelse i samsvar med Norsk Standard ikke leder til et kontraktsmessig resultat og der Norsk Standard ikke har regler som er egnet til å unngå prosjekteringsfeilen, altså der standarden tier.

Sistnevnte var tilfellet i Hålogaland Lagmannsretts dom LH-2007-102419 - Hammerfest flerbrukshall.²⁷ Domstolen uttaler følgende:

”Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn som bevist at NS 3490 Prosjektering av konstruksjoner - Krav til konstruksjoner, samt NS 3491-3 snølaststandarden og NS 3491-4 vindlaststandarden, er fulgt, og at det ikke hefter feil ved prosjekteringen for så vidt gjelder forhold som faller inn under disse standardene. Dette er heller ikke bestridt av Gjensidige Forsikring og Hammerfest kommune. Dette innebærer at flerbrukshallen er prosjektert slik at den tåler den lokale, vertikale snølasten og den horisontale vindlasten som gjelder for Hammerfest kommune etter de gjeldende standardene.”.

Til tross for at nevnte standarder var fulgt, oppstod store skader på byggets yttervegger på grunn av horisontal snølast etter ras fra tak. Snølaststandarden NS 3491-3 gav ikke anvisning på horisontale snølaster, og domstolen uttaler om totalentreprenørens forhold til NS 3431 pkt. 12.3, følgende:

”Horisontal belastning fra fallende snøskavl er ikke en del av de belastninger som beskrives i NS 3491-3. I standardens innledende punkt 1.1 er det klart uttrykt at standarden ikke gir retningslinjer for blant annet dynamiske virkninger på grunn av at snø glir eller faller ned fra overliggende takflater eller snøras eller snøras mot vegger.

²⁷ Se nærmere om denne dommen i pkt. 4.3.2.c

I så måte må lagmannsretten legge til grunn at prosjekteringen, slik det fremgår ovenfor, har vært i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard, se NS 3431 punkt 12.3.”.

Domstolen anvendte ved avgjørelsen av overnevnte sak analogier fra utviklingsrisikosynspunkter, og dommen er derfor behandlet under denne avhandlingens pkt. 4.3.2. om utviklingsrisiko.

Hadde situasjonen vært slik at faktum hadde falt i den annen kategori, dvs. at standardens foreskrevne løsninger ikke medførte et kontraktsmessig resultat, kan det tenkes at utfallet kunne vært bedømt noe annerledes. Som forklart overfor, er den faktiske situasjonen totalentreprenøren da befinner seg i, er en situasjon hvor han vil være i en kontraktsbruddsituasjon *uansett hvilken løsning han velger*. Velger han en løsning som avviker fra gjeldende norsk standard, vil dette som hovedregel innebære en mangel etter pkt. 37.1, mens han allikevel ikke kan unngå å forårsake samme mangel ved å følge standarden. At totalentreprenøren skal havne i en slik situasjon vil nok rokke ved rimelighetsoppfatningen til mange aktører i bransjen. Dette kan som sådan tale for at det gjøres en modifikasjon i totalentreprenørens resultatforpliktelse for disse tilfellene, men dette må avgjøres etter en konkret vurdering av det enkelte tilfellet.

3.2.2.b Allmenne normer

NS 3431 pkt. 12.3 hjemler kravet til totalentreprenørens prosjektering og utførelses overensstemmelse med allmenne normer. Etter bestemmelsens ordlyd skal prosjekteringen være i overensstemmelse med *”gjeldende Norsk Standard og for øvrig etter allment aksepterte normer”*. Formuleringen innebærer at de allmenne normene er subsidiære til de som følger av gjeldende Norsk Standard. Videre skal *”kontraktarbeidet være nøyaktig, solid og fagmessig utført.”*. Dersom det ikke er angitt krav til materialkvalitet i kontrakten, skal de kvalitetskrav som er vanlige for tilsvarende arbeider, anvendes. Jeg tolker formuleringen om allment aksepterte normer dit hen at det er faglige normer som har bred tilslutning i den aktuelle bransjen som normerer hva totalentreprenøren skal levere.

Eksempler på slike bransjenormer er Norges byggforskningsinstitutt (heretter NBI) byggdetaljblader, Byggebransjens våtromsnorm (BVN), Lyskultur, Murkatalogen og lignende.

I en dom fra 2008 avsagt i Borgarting Lagmannsrett (LB-2008-146820) kommenterer førstvoterende forholdet til NBIs byggdetaljblader. Saken omhandlet erstatningsansvar for en byggeleder etter NS 8403, som følge av godkjenning av feilaktige monterte takrenner.

”I kontrakten mellom NHB og S-Bygg, som er basert på NS 3431 er det punkt 12.3 første ledd bestemt at utførelsen « skal være i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard og for øvrig etter allment aksepterte normer.» I punkt 12.3 annet ledd er bestemt at kontraktarbeidene skal være nøyaktig, solid og fagmessig utført. Allerede herav følger at retningslinjer i NBIs byggdetaljblader i alminnelighet skulle følges. (...) Tilsvarende vil det være en nedre grense for hvilke avvik fra vanlige byggenormer, derunder NBIs byggdetaljblader, som begrunner inngripen overfor entreprenøren (...). Blir de hensynene som begrunner normene forsvarlig ivare tatt kan avvikende løsninger anvendes.”

Utgangspunktet er altså at totalentreprenøren synes å ha en resultatforpliktelse til å levere et produkt som er i samsvar med byggdetaljbladene, i den grad et bestemt resultat er beskrevet i disse normene. Domstolens uttalelse synes å innebære at det imidlertid må finnes en nedre grense for hvilke avvik fra disse normene som kvalifiserer for “*inngripen overfor entreprenøren*”. Jeg tolker utsagnet slik at det må være en nedre grense for hva som kan statueres som en mangel etter 37.1. Denne nedre grensen synes å trekkes mot løsningsvalg som ivaretar normenes *bakenforliggende hensyn*. Til tross for totalentreprenørens forpliktelse til å levere i henhold til disse normene, synes det som han muligens kan høres med en innvending om at den valgte løsning likevel oppfyller hensynene bak bransjenormene, og således ikke innebærer en mangel. Slike tilfeller kan muligens tenkes ved overoppfyllelse av normenes krav, eller ved andre løsninger som må sies å være likeverdige med de som er foreskrevet. Jeg mener det må være naturlig å innta

samme standpunkt i forhold til andre bransjenormer. Totalentreprenøren kan etter dette synspunktet sies å ha en resultatforpliktelse til å levere et kontraktarbeid som tilfredsstillende hensyn som har motivert tilblivelsen av slike bransjenormer som eksempelvis NBIs byggdetaljblader. Den motsatte løsning, at kun de løsninger som var oppregnet i bransjenormene var å anse som tilfredsstillende, ville kunne hindre en hensiktsmessig faglig utvikling av framgangsmåter og materialer.

NS 8401 pkt. 7.4, 2. ledd pålegger rådgiveren å utføre arbeidet i samsvar med kontrakten og god faglig standard. Hva som ligger i "*faglig god standard*" er et tolkningsspørsmål, men det er nærliggende å anta at det er en refleks av plikten til å følge "*faglig forsvarlig handlemåte*", jf pkt. 13.1, hvilket er en norm som klart retter seg mot *prosess*, ikke resultat, og således er et uttrykk for rådgivers innsatsforpliktelse. Hva som anses som faglig forsvarlig handlemåte, avgjøres regulært på bakgrunn av de allment aksepterte normer som til en hver tid er å finne i den aktuelle bransjen. Disse kommer til uttrykk blant annet i skrevne normer som eksempelvis NBIs byggdetaljblader. Slik inngår det indirekte også i rådgiverens forpliktelse å opptre i samsvar med overnevnte allmenne normer for å unngå å pådra seg ansvar for prosjekteringsfeil.

For totalentreprenøren trekkes en nedre grense mot løsninger som oppfyller bransjenormenes bakenforliggende hensyn, men ikke nødvendigvis på den foreskrevne måte. Det er mulig at rådgiveren vil bli hørt med en lignende innvending, så fremt han gjennom faglig forsvarlig handlemåte har tilfredsstilt hensynene bak bransjenormene på annet vis. Imidlertid kan det fremheves at rådgiverens honoreres, i motsetning til totalentreprenøren, løsrevet fra kostnaden på den valgte løsning, og han vil dermed mer sannsynlig velge tradisjonelle, bransjetypiske løsninger for å være "på den sikre siden". Om han kan høres med at han har valgt en alternativ løsning i forbindelse med oppfyllelsen av slike bakenforliggende hensyn, vil derfor måtte avgjøres etter en totalvurdering, der spørsmålet om hvorvidt han *burde* ha handlet annerledes og om hans valg etter en helhetsvurdering fremstår aktsomt og i tråd med faglig god praksis, vil stå sentralt.

Her kan det tenkes å måtte differensieres mellom normer som regulerer henholdsvis prosessen og resultatet. Rådgiverens innsatsforpliktelse innebærer at kontraktarbeidet skal utføres i samsvar med faglig forsvarlig handlemåte, altså i samsvar med de prosesskrav som kommer til uttrykk i bransjens normer. At totalentreprenøren har en vidtgående resultatforpliktelse, som i den store majoriteten av tenkelige tilfeller vil måtte innebære at han plikter å innfri både prosess- og resultatnormer som kommer til uttrykk i de samme bransjenormene, er også lite tvilsomt. Mer usikkert er det imidlertid hvor vidt det kan tenkes at rådgiverens forpliktelse strekker seg lenger enn kun prosessnormene, slik at hans forpliktelse i realiteten favner videre enn en innsatsforpliktelse. Dette er nok i stor grad en teoretisk problemstilling, ettersom overholdelse av prosesskravene *regulært vil føre til oppfyllelse av resultatkravene*.

3.3 Offentligrettslige normer

Det er på det rene at både totalentreprenør og rådgiveren er underlagt betydelige føringer hva gjelder oppfyllelse i henhold til offentligrettslige normer. Disse normene forekommer i ulike format, som lov- eller forskriftsbestemmelser eller enkeltvedtak. EU-direktiver som inkorporeres i norsk rett, er offentligrettslige normer som også påvirker kontraktsforholdet. De offentligrettslige normene vedrører alle sider av kontraktsforholdet, fra *resultatfokuserte*, sikkerhetsmessige regler om bæreevne og forsvarlig sikring av publikumsbygg, til regler om faglig kvalifikasjon for rådgiver/totalentreprenør som eksempel på normer som regulerer *prosessen* rundt kontraktsforholdet. I det følgende skal først realdebitors forhold til lov- og forskrift behandles, før den samme øvelse gjøres for forpliktelsen i henhold til enkeltvedtak som påvirker kontraktarbeidet.

3.3.1 Lov og forskrift

3.3.1.a Gjeldende lov- og forskrift

Det er på det rene at rådgiveren har en forpliktelse til å levere sitt arbeid i samsvar med gjeldende offentligrettslige regler. I NS 8401 er dette regulert i pkt. 8.1, en bestemmelse

som ordlydsmessig har flere fellestrekk med den totalentreprenøren er underlagt etter NS 3431:

”Den prosjekterende skal utføre oppdraget i samsvar med gjeldende lover, forskrifter og enkeltvedtak.

Han skal i samråd med oppdragsgiveren holde nødvendig kontakt med offentlige myndigheter og bistå med å innhente nødvendige tillatelser. Rådgiveren skal varsle oppdragsgiveren om pålegg som er rettet direkte mot rådgiveren, fra offentlig myndighet i anledning prosjektet.”.

Formuleringen er endret fra den tilsvarende regel i den tidligere NS 3403 hvor det het at rådgiveren skulle *”tilstrebe”* å oppfylle i samsvar med gjeldende regelverk. Normen er utformet som en pliktregel i den forstand at rådgiveren *skal* utføre sitt oppdrag i samsvar med gjeldende offentligrettslige normer. For rådgiveren må det også i dette henseendet imidlertid tilføyes den sentrale presisering at hans forpliktelse er begrenset culpa gjennom NS 8401 pkt. 13.1. Selv for samsvar med offentligrettslige normer vil rådgiveren bare ha en innsatsforpliktelse. Det innebærer for eksempel at en rådgiver som har tolket en forskriftsbestemmelse om et teknisk krav til det ferdige bygget, vil kunne ha oppfylt sin innsatsforpliktelse *til tross for at bygget ikke er utformet i henhold til gjeldende regler*. Forutsetningen er naturligvis at han på faglig forsvarlig vis har forsøkt å oppnå kravene som settes i forskriften. Tilfeller hvor et slikt misforhold mellom ytelse og offentligrettslige normer kan være unnskyldelig for rådgiveren, behandles i oppgavens del 6.4 om rettsvillfarelse.

NS 3431 pkt. 13.1 regulerer totalentreprenørens forpliktelse for oppfyllelse i samsvar med offentligrettslige normer:

”Kontraktarbeidet skal utføres i samsvar med de til enhver tid gjeldende lover, forskrifter , og andre offentlige vedtak.”

Formuleringen må presiseres i to henseende; hva faller naturlig under ”kontraktarbeidet”, og hva innebærer den tidsmessig angivelsen ”til enhver tid gjeldende”?

Med kontraktarbeidet menes

*”det bygg, arbeidet eller anlegg som totalentreprenøren skal prosjektere og utføre i henhold til kontrakten med oppdragsgiveren”.*²⁸

Materielt sett må det her trekkes en grense mot offentligrettslige regler som ikke kan sies å være en del av prosjekteringsytelsen. Prosjekteringsytelsens ytre rammer må trekkes mot utførelse i den ene retning, og mot oppgaver som utføres av oppdragsgiver og som denne står nærmest til å bære risikoen for, i den annen. Prosjekteringsgrensen mot utførelsen er for totalentreprenørens del ikke nødvendig å trekke ettersom begge ytelser inngår i hans kontraktsforpliktelse, og er underlagt den samme kontraktsbruddsbestemmelse.

Prosjekteringsytelsens grense mot oppdragsgiveren er desto mer interessant. Ettersom totalentreprenørens forpliktelse kun innebærer å besørge samsvar mellom kontraktarbeidet og regelverket, betyr det motsetningsvis at overensstemmelse med nevnte regelverk, hva gjelder forhold som *ikke er en del av prosjekterings- eller utførelsesytelsen*, vil være forhold oppdragsgiveren selv svarer for. Selv om det er på det rene at totalentreprenørens forpliktelse strekker seg langt, vil det være forhold han må kunne forutsette er avklart innen kontraktsinngåelse. Eksempler på slike forhold kan være forhold som vedrører tredjemanns forhold til byggetomten som for eksempel tinglyste servitutter.

NS 3431 pkt. 13. 1 og NS 8401 pkt. 8.1 presiserer ikke hvilke offentligrettslige regler realdebitorerne plikter å ta i betraktning, men trolig er en naturlig fortolkning at det er tale om offentligrettslige *normer som har tilknytning til deres ytelse*.

²⁸ Jf NS 3431 pkt. 2.11

Den danske totalentreprisestandard "Almindelige Betingelser for Totalentreprise" (heretter ABT 93), har en regel i § 13 som pålegger entreprenøren å sørge for nødvendig godkjennelse av prosjektet. Bestemmelsens andre ledd pålegger entreprenøren å sørge for anmeldelser og tillatelser som "*vedrører selve arbeidets udførelse*". Den tilsvarende bestemmelse i den svenske totalentreprisestandard, "Allmänna Bestämmelser for totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten" (heretter ABT 06), finnes i kapittel 1, § 12:

"Entreprenören ansvarar för att författningar följs i den utsträckning de berör hans åtagande."

Ordlyden i både den svenske og den danske bestemmelse gir tydeligere anvisning på grensedragningen etter forhold som vedrører realdebitors ytelse enn de Norske Standardene, men det er grunn til å tro at den samme presisering trygt kan innfortolkes også i disse.

Nevnte tolkning er for øvrig i samsvar med Byggebransjens Faglig Juridiske Råd sin vurdering av situasjonen før totalentreprisestandardens tilblivelse. Et eksempel i så måte er uttalelse nr. 370 fra 1991. Saken gjaldt et byggeprosjekt der rivingstillatelsen ble trukket tilbake, slik at byggeprosjektet ikke kunne igangsettes. Rådet uttaler:

"Rådet har vurdert tilbudsgrunnlaget, men mener at en entreprenør som leser dette må få inntrykk av at den "oppfølging" av kommunal saksbehandling det her siktes til, ikke kan omfatte grunnspørsmålet om prosjektet overhodet kan igangsettes. Har oppdragsgiveren utlyst et prosjekt som den selv ikke er i stand til å klarere politisk internt, er dette ikke entreprenørens ansvar eller risiko, iallfall ikke på grunnlag av det som er fremkommet i dette tilfellet."

Rådets begrunnelse er at slike grunnleggende kontroller av prosjektets gjennomførbarhet ikke naturlig omfattes av prosjekteringsytelsen, og dermed ikke tilligger realdebitor.

Regelen i NS 3431 pkt. 13.1 er utformet som en pliktregel for totalentreprenøren. Dersom man etter en tolkning kommer fram til at overholdelsen av den overtrådte regel lå innenfor prosjekteringsytelsen, slik at totalentreprenøren *hadde risikoen for den*, er det på det rene at dette innebærer et kontraktsbrudd som totalentreprenøren svarer for. Når risikoen for rettmessig oppfyllelse påhviler totalentreprenøren, følger ansvaret risikoplasseringen på objektivt grunnlag.²⁹ Dette innebærer at totalentreprenørens ansvar potensielt kan bli byrdefullt, særlig om man blir klar over en uoverensstemmelse under eller etter utførelsen av prosjektet. I utgangspunktet gir dette totalentreprenørens prosjekteringsansvarlige en meget sterk oppfordring til å sørge for å være faglig oppdatert innenfor hvilke offentligrettslige regler som kommer til anvendelse på deres ytelse.

3.3.1.b Nye regler som kommer til underveis i oppdraget

Når *nye, skjerpede regler* kommer til under kontraktsperioden kan dette rukke ved innholdet i realdebitorenes forpliktelser. Dette reguleres for totalentreprenørens vedkommende av NS 3431 pkt. 13.2, og for rådgiverens del av NS 8401 pkt. 8.2.

NS 3431 pkt. 13.2 jf pkt. 13.1 fritar ikke totalentreprenøren fra å oppfylle i henhold til de til enhver tid gjeldende regler, men gir ham, på nærmere bestemte vilkår, en hjemmel for å kreve fristforlengelse og tilleggsvederlag. Han har med andre ord fortsatt en resultatforpliktelse for overensstemmelse med gjeldende lov- og forskriftskrav så langt disse selv beskriver et konkret resultat.

NS 8401 pkt. 8.2 lyder:

²⁹ Sandvik, Tore s. 102

”Fører lov- eller forskriftsendring etter kontraktsinngåelsen til at oppdraget må justeres, skal det anses som en endring etter punkt 10 med mindre den prosjekterende ved kontraktsinngåelsen burde ha tatt endringen i betraktning eller unngått virkningen av den.”

Heller ikke denne bestemmelsen rokker ved forpliktelsen til å ta reglene som sådan i betraktning. Vilkåret om et faktisk *behov for justering* (for totalentreprenøren ”endring”) er det samme som for totalentreprenøren.

Det *tidsmessige skjæringspunkt* for hvilke offentligrettslige krav som anses inkludert i rådgiverens ytelse, er kontraktsinngåelsen. For totalentreprenørens del er skjæringspunktet *tilbuds- eller anbudsavgivelsen*. Når et tilbud må anses ”avgitt” er et tolkningsspørsmål og utfallet avhenger til en viss grad også av den konkrete situasjonen tilbudet ble gitt i. Blir tilbudet gitt i forbindelse med konkurranse vil det være naturlig å si at tilbudet er ”avgitt” når det forlater avgiver, mens dersom et tilbud kommer til etter forhandlinger, må det foretas en helhetsvurdering av når tilbudet må kunne sies å ha blitt avgitt. Et siste tolkningsalternativ er å anvende en analogi fra avtl.³⁰ § 7, hvilket ville betydd at tilbudet hadde vært ”avgitt” da det kom til oppdragsgiverens kunnskap. Jeg mener gode grunner taler for å anvende *en naturlig språklig forståelse av begrepet*, slik at skjæringspunktet er på det tidspunkt tilbudet *forlater avgiver*. Dette gir også den mest retts teknisk hensiktsmessige løsningen, særlig tatt i betraktning av standarden i stor grad benyttes av ikke-jurister.

At regelendringen innebærer at totalentreprenøren rent faktisk *må foreta endringer* eller tilleggssarbeid, er en forutsetning for å kunne kreve tilleggsvederlag og fristforlengelse. NS 3431 pkt. 13.2 får bare anvendelse på nye og *skjerpede* regler, hvilket innebærer, nokså selvsagt, at regelendringer som letter totalentreprenørens oppfylleelsesbyrde ikke vil gi noen

³⁰ Lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

hjemmel for tilleggsvederlag eller fristforlengelse. I anledning regelendringer utformes ikke sjelden overgangsregler som kan brukes i en periode før de nye, skjerpede reglene trer i kraft. Dette kan bidra til å minimere behovet for endringer i det pågående prosjektet, men avgjørende for muligheten til å påberope dette som en endring er hvorvidt regelendringen reelt sett fordret en endring i totalentreprenørens arbeid.

3.3.2 Enkeltvedtak

Forholdet til enkeltvedtak for rådgiverens vedkommende, er regulert i NS 8401 pkt. 8.1, på lik linje med lov- og forskriftsmessig oppfyllelse. Rådgiverens krav på justering av oppdraget i anledning enkeltvedtak, følger de samme regler som justeringsbehov på grunn av uforutsette lov- eller forskriftsregler.

Totalentreprenørens plikt til å oppfylle i samsvar med offentlig myndighets enkeltvedtak er skilt ut i en egen bestemmelse i standardens 13.3. Plikten er formulert som at han skal *sørge for* at kontraktarbeidet utføres etter de enkeltvedtak som fattes av offentlig myndighet. Dette synes å gi uttrykk for at totalentreprenøren på dette punkt har en resultatforpliktelse for at krav i enkeltvedtak blir fulgt.

Retten til å kreve fristforlengelse og tilleggsvederlag er imidlertid noe videre ved uforutsette enkeltvedtak enn det som er tilfellet etter NS 3431 pkt. 13.2. Totalentreprenøren har denne retten dersom han blir påført et mer byrdefullt arbeid enn det han *etter et faglig skjønn burde ha tatt i betraktning*. At arbeidet blir *mer byrdefullt* kan være både at prosjektet krever andre materialer, mer arbeidskraft, lengre tid eller generelt blir vanskeligere å gjennomføre. Om totalentreprenøren kan påberope seg villfarelse ved uventede enkeltvedtak behandles i oppgavens del 6.3.3.

Regelen i NS 3431 pkt. 13.3 rokker heller ikke ved totalentreprenørens resultatforpliktelse, men regulerer kun i hvilke tilfeller han kan påberope seg uventede enkeltvedtak som *grunnlag for tilleggsvederlag og endring*.

Bestemmelsen i NS 8401 pkt. 8.1. omfatter også enkeltvedtak, og rådgiveren må derfor antas å ha samme forpliktelse for enkeltvedtak som for de øvrige offentligrettslige normer,. Til tross for at det i det foregående er fastslått at rådgiver kun har en innsatsforpliktelse, også for de rettslige normer, er det viktig å vektlegge at den faglige handlingsnormen han forventes å opptre etter, er ganske streng. Dette medfører at rådgiveren i realiteten har en forpliktelse som går relativt langt i forhold til offentligrettslige regler. Culpabegrensningen i rådgiverens ansvar har her en mindre praktisk betydning enn for andre deler av prosjekteringsytelsen. På denne måten synes det som om totalentreprenør og rådgivers forpliktelse, til tross for ulike *forpliktelsestyper*, allikevel vil kunne fortone seg relativt likt i praksis.

3.4 Sammenfatning

Når det gjelder realdebitorenes forpliktelse med henhold til oppfyllelse i samsvar med rettslige normer, synes det klart at det ligger vurderinger i *to plan*. I det underliggende planet må det avgjøres hva det enkelte kravet retter seg mot; prosess eller resultat, og i metaplanet må det sees hen til hvilken forpliktelse realdebitor har for å sørge for at dette kravet innfris. Er det underliggende kravet et prosesskrav, synes det som om både rådgiver og totalentreprenør har en forpliktelse til å innfri dette. Er det imidlertid et resultatkrav som følger av den underliggende normen, vil normalt totalentreprenøren måtte anses å ha en forpliktelse til å frembringe dette resultatet. Rådgiverens forpliktelse er i alle henseende begrenset etter en culparegel i NS 8401 pkt. 13.1, og vil heller ikke for resultatkravene i de underliggende normene ha mer enn en innsatsforpliktelse.

Den foregående drøftelsen viser imidlertid at totalentreprenørens forpliktelse består av normer som pålegger ham både innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser. I den følgende drøftelsen i avhandlingens kapittel 4, 5 og 6 skal disse forpliktelsene studeres nærmere i forhold til praktiske typetilfeller av årsaker til prosjekteringsfeil.

4 Kompetansesvikt

4.1 Innledning

Med kompetansesvikt menes tilfeller der realdebitors faglige kvalifikasjoner objektivt sett står i et *misforhold til den kompetanse som er påkrevd* for å nå et kontraktsmessig resultat. Det fordres med andre ord en større grad av kunnskap og innsikt enn det realdebitor faktisk besitter. Slik kompetansesvikt er ofte først mulig å avdekke i etterkant av prosjektet. Ved siden av villfarelse om faktiske og rettslige rammebetingelser rundt prosjektet, er slik kompetansesvikt kanskje den hyppigste grunnen til prosjekteringsfeil. Eksempler på kompetansesvikt kan være beregnings- eller kalkulasjonsfeil, svikt i faglige vurderinger, misforståelser, uoppmerksomhet, mv.

Kompetansesvikt skiller seg fra villfarelsestilfellene ved at prosjekteringsfeilene ikke oppstår som en følge av at realdebitor har vært i villfarelse om rammebetingelsene prosjektet bygger på, men fordi *metoden* han benytter, ikke er god nok til å frembringe et kontraktsmessig resultat.

Det er tidligere tatt som utgangspunkt at totalentreprenøren har en mer vidtrekkende prosjekteringsforpliktelse enn rådgiveren.³¹ I de kommende avsnitt drøftes det, etter modellen beskrevet i pkt. 2.3, først *hvor* grensen for rådgivers innsatsforpliktelse skal trekkes i forbindelse med kompetansesvikt, før det drøftes *om*, og i så fall *hvor mye mer*, av risikoen for kompetansesvikt som tilligger totalentreprenøren kontra rådgiveren.

4.2 Rådgiverens kompetansesvikt

4.2.1 Innledning

Utgangspunktet for rådgivers forpliktelse ved kompetansesvikt er klart. Det følger av rådgiverforpliktelsens karakter av innsatsforpliktelse, at der oppgaven han har påtatt seg

³¹ Jf pkt. 2.3

fordrer større kompetanse enn det som følger av bransjens normer, *som normalt sett er satt relativt høyt*, er det på det rene at det ikke kreves mer av ham enn at han har oppfylt i henhold til disse. Har han gjort dette, har han altså *ikke risikoen* for feil som oppstår på grunn av egen kompetansesvikt.

For å kunne besvare spørsmålet om hvorvidt totalentreprenøren har en mer vidtrekkende forpliktelse enn rådgiveren for så vidt gjelder kompetansesvikt, må grensen for rådgivers forpliktelse først trekkes opp. I det følgende skal rådgiverens risiko for egen kompetanse studeres i forhold til et utvalg typetilfeller av feilårsaker.

4.2.2 Generelt

Rettspraksis viser at det ulovfestede profesjonsansvaret er en relativt streng culpanorm.³² I RG 2001 s. 770 (Gulating) uttaler lagmannsretten følgende om en advokats erstatningsansvar:

*”Det må (...) tas utgangspunkt i et krav om **særlig høy fagkunnskap**. Lagmannsretten legger til grunn at ... kravet til aktsomhet og forsvarlig atferd i rettspraksis er satt høyt. Det gjelder således en streng aktsomhetsnorm for advokater.”* (min utheving)

Uttalelsen gjelder advokaters profesjonsansvar, men det må antas at de på generelt grunnlag kan ha overføringsverdi til rådgiveransvaret. Denne skjerpede culparegelen medfører at det stilles strenge krav både til profesjonsutøvers aktpågivenhet og faglige innsikt.³³

I Megler/takstmann-dommen uttaler førstvoterende at det allikevel er et visst spillerom for kritikkverdige feil som ikke nødvendigvis er ansvarsbetingende. Hvorvidt den begåtte

³² Jf. Rt. 1995 s. 1350 og Rt. 2000 s. 671

³³ Wågheim (2009) s. 51-52

feilen medfører ansvar, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Det er ikke den ufeilbarlige rådgiver som brukes som vurderingsmal³⁴, da dette ville innebære at enhver feil ville være ansvarsutløsende. Hvilke feil som vil pådra rådgiveren ansvar, varierer noe med de ulike oppgaver han i henhold til kontrakten skal utføre. For de enklere, mer rutinepregede oppgaver stilles det meget strenge krav til rådgiverens korrekte utførelse, mens rettspraksis har vist at når profesjonsutøveren beveger seg inn på mer krevende oppgaver, vil vurderingen kunne tenkes å bli noe lempeligere. Dette illustreres godt i Rt. 1989 s. 1318 Testament-dommen, som gjaldt en advokat som hadde unnlatt å informere om, eller besørge, varsling til testators ektefelle når denne blir utelukket fra testament (jf al. § 7). Saken gjaldt forsikringsselskapets regresskrav ovenfor advokaten. Etter dagjeldende regler heftet advokaten for feil som skyldtes grov uaktsomhet, noe Høyesterett mente advokatens feil kvalifiserte som, særlig ettersom det var tale om sentrale rettsområder.

Enkelte av rådgiverens oppgaver er så grunnleggende at det kan sies at han har en resultatforpliktelse for dem. En arkitekt har sannsynligvis en resultatforpliktelse for å komme opp med tegningene han er satt til å levere, mens han har en innsatsforpliktelse hva gjelder tegningenes kvalitet.³⁵ Jeg vil senere i oppgaven komme nærmere inn på hvordan innholdet av rådgiverens forpliktelse kan være fleksibel avhengig av hvilket felt prosjekteringsfeilen oppstår på. I det følgende skal det behandles noen nyanser av profesjonsansvaret for så vidt gjelder ulike avvik fra de krav som stilles til rådgivers prosess.

4.2.3 Uoppmerksomhet, unøyaktighet og misforståelse

Generelt stilles det svært strenge krav til rådgiverens oppmerksomme opptreden, slik at feil ikke blir begått som følge av misforståelser og unøyaktig arbeid. I teorien er det antatt at feil som skyldes uoppmerksomhet generelt alltid vil anses som uaktsomt, uansett årsak,

³⁴ Tilsvarende for advokater: Wågheim (2009) s. 53

³⁵ Hov (2002) s. 56

ettersom egen uoppmerksomhet alltid vil være forhold en selv har kontroll over og kan bebreides for.³⁶

Av nyere rettspraksis kan LB-2008-130865 trekkes særskilt frem. Den nyere dommen fra Borgarting Lagmannsrett omhandler prosjekteringsfeil utført av byggteknisk rådgiver (Kjell Ludvigsen AS) ved prosjektering av en berg- og dalbane til fornøyelsesparken Tusenfryd. Lagmannsretten kom til at prosjekteringsfeil oppstod da byggteknisk rådgiver misforstod underlagsmaterialet fra leverandøren Intamin, slik at det oppstod en vinkelfeil ved søyleinnfestingene (footingen). Lagmannsretten uttalte følgende om byggteknisk rådgivers (KL) uoppmerksomhet og misforståelse:

*”Etter lagmannsrettens vurdering burde KL ha oppdaget misforståelsen som førte til vinkelfeilen dersom de hadde analysert den foreløpige hovedtegningen med detaljer grundigere.(...) Feilen i anbudstegningene burde etter lagmannsrettens syn i alle fall ha vært oppdaget da KL utarbeidet arbeidstegningene etter å ha mottatt det endelige grunnlagsmaterialet fra Intamin. Dersom KL hadde undersøkt disse tegningene nøyer, fremstår det som ganske klart at den tidligere misforståelsen ville ha blitt avdekket og at korrekte vinkler ville ha blitt tegnet inn. (...)Det er videre lagmannsrettens vurdering at KL ikke utførte sitt oppdrag på en faglig forsvarlig måte ved at underlagsmaterialet for prosjekteringen **ikke ble behandlet tilstrekkelig grundig**. Dette dreide seg om en kompleks leveranse der KL hadde særlig foranledning til å være nøye. At det her var en utenlandsk leverandør, skjerper også kravet til aktsomhet og nøyaktighet.” (min utheving)*

4.2.4 Sviktende faglige vurderinger

Nerdrum påpeker at det må være et noe større spillerom i vurderingen av prosjekteringsfeil på grunn av sviktende faglige vurderinger.³⁷ Det videre spillerommet synes å innebære at

³⁶ Nerdrum (1985) s. 1

³⁷ Nerdrum (1985) s. 1

man i disse tilfellene foretar en noe mer sammensatt vurdering av situasjonen og omstendighetene hvor prosjekteringsfeilen oppstod, både med henhold til tidspress, tilgjengelig teknisk kunnskap og oppdragsgivers anvisninger. I motsetning til prosjekteringsfeil som skyldes uoppmerksomhet, kan det å foreta sviktende faglige vurderinger i større grad antas ikke å være ansvarsbetingende, ettersom det foreligger flere faktorer som i spesielle tilfeller kan innvirke på omstendighetene rundt prosjekteringen slik at rådgiverens sviktende vurdering må anses unnskyldelig.

Borgarting Lagmannsretts dom LB-2002-03794 hadde et hendelsesforløp der rådgivende ingeniør (Bjørn Strøm AS) feilvurderte de geotekniske forholdene på byggetomten til Borg Storsenter i Sarpsborg, slik at det oppstod store setningsskader som nødvendiggjorde kostbare løft av gulvnivåene i etterkant av ferdigstillelsen. Strøm baserte seg på visuell vurdering av byggetomten framfor å gjennomføre ødometerforsøk, hvilket førte til at gulvsålen ble støpt rett på grunnen. Lagmannsretten kom til at denne sviktende vurderingen var ansvarsbetingende uaktsom. I dette tilfellet var dog kravet foreldet, slik at det allikevel ikke forelå erstatningsplikt. Dersom hendelsesforløpet var noe annerledes, og mer grundige undersøkelser var foretatt og disse antydte at den planlagte byggemåte var tilrådelig, kan det tenkes at Lagmannsretten hadde vurdert Strøms aktsomhet i forbindelse med den sviktende vurderingen annerledes.

4.2.5 Regnefeil og andre administrative feil

I Gulating Lagmannsretts dom LG-2006-109928 var tilfellet at et byggevarefirma hadde foreslått og levert murblokker i forbindelse med oppføringen av et bygg. I denne forbindelse var det innhentet en vurdering fra produsenten av blokkene vedrørende disses styrkekapasitet i forbindelse med muligheter for senere påbygg. Sivilingeniøren som arbeidet for produsenten foretok det Lagmannsrettens sakkyndige vitne beskrev som en ”grov regnefeil”, og byggevarefirmaet Drange Bruk AS ble ansett erstatningsansvarlige for denne regnefeilen. Lagmannsretten uttalte om dette:

” Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at Drange Bruk AS ved å påta seg levering, sørge for at de nødvendige beregninger ble foretatt og for dokumentasjon av disse, på kontraktsrettslig grunnlag er ansvarlig for underdimensjoneringen. Drange Bruk AS hefter på selvstendig grunnlag uten hensyn til egen skyld for kontraktsmedhjelperes uaktsomme handlinger eller unnlatelser. Lagmannsretten ser dette også som et klart profesjonsansvar. Det er fastslått i rettspraksis og fremgår også av teorien at dette er et strengt ansvar. Høyesterett har lagt til grunn at det i utgangspunktet er et strengt ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere, men at det er et visst spillerom før adferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsom. Lagmannsretten finner at det i dette tilfellet foreligger en erstatningsbetingende atferd.”

Saken gjelder ikke rådgiveransvar direkte, ettersom ankemotparten i saken var de prosjekterende, men er nærliggende å anta at denne strenge vurderingen av ansvar for regnefeil er overførbart til andre profesjonsutøveres (her sivilingeniør) ansvar. Det kan vanskelig tenkes forhold der regnefeil med rimelighet skulle bedømmes annerledes enn uoppmerksomhet, med mindre regnefeilen da bunnet i sviktende faglige vurderinger som muligens undergår en noe mildere og mer sammensatt vurdering.³⁸

Det er nærliggende å anta at regelen vil være den samme ved feil i dataprogrammer rådgiveren benytter seg av ved utførelsen av sin prosjekteringsytelse. Til tross for at slike feil ikke kan bebreides ham, ettersom han sjelden utformer dataprogrammet selv, må det anses å være hans ansvar å benytte seg av dataverktøy som gjør ham skikket til å foreta kontraktsmessig leveranse.

³⁸ Jf pkt. 4.2.4

4.3 Totalentreprenørens kompetansesvikt

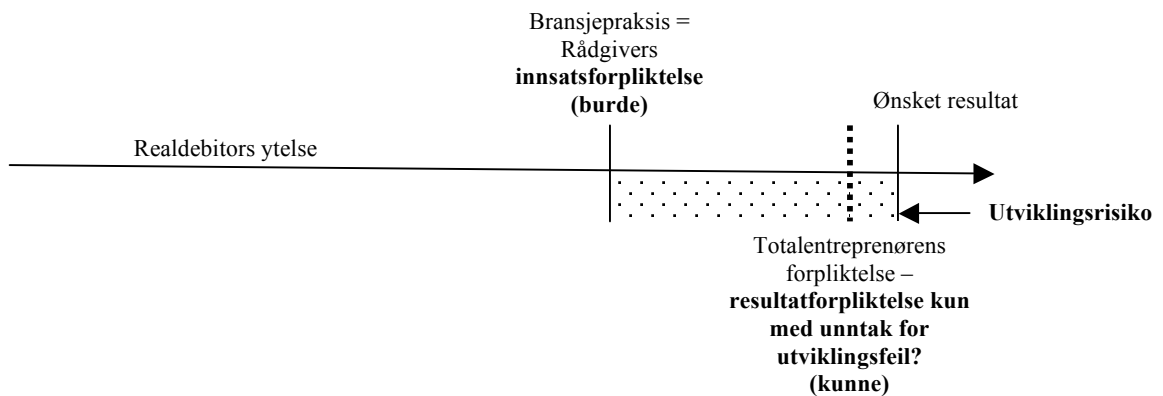
4.3.1 Innledning

Dersom man fastholder et utgangspunkt om at totalentreprenøren har en resultatforpliktelse også for så vidt gjelder prosjekteringsytelsen, vil dette måtte innebære at han, i større grad enn rådgiveren, bærer risikoen for at egne faglige kvalifikasjoner ikke er tilstrekkelige for den påtatte oppgaven. Utgangspunktet i den følgende drøftelsen er de tilfeller der totalentreprenøren *har oppfylt i henhold til en faglig forsvarlig bransjepraksis*, det vil si at han besitter den kompetanse og innsikt som bransjen krever, men dette fører allikevel ikke til det ønskede resultat.

Dersom man kommer til at totalentreprenøren har en resultatforpliktelse for prosjekteringsytelsen, vil dette innebære at han også bærer den fulle risiko for at egen kompetanse er tilstrekkelig for å oppnå oppdragsgivers ønskede resultat.

Spørsmålet i de følgende avsnittene er hvorvidt totalentreprenørens forpliktelse i dette henseende er en rendyrket resultatforpliktelse, eller om det må innfortolkes et unntak for såkalte utviklingsfeil, altså feil som oppstår som en følge av kompetansesvikt, til tross for at totalentreprenøren har anvendt den høyeste tekniske og vitenskapelige viten tilgjengelig på prosjekteringstidspunktet. I så fall vil dette innebære at grensen for totalentreprenørens forpliktelse må trekkes et sted mellom grensen for rådgivers forpliktelse og kravet til oppnådd resultat.

Dette kan illustreres med en modell, se figur 2.



Figur 2. Figuren illustrerer en forenklet skisse av grensen for totalentreprenørs forpliktelse for utviklingsrisiko. Rådgiverens ytelse er begrenset i forhold til risikomomenter han *burde* tatt hensyn til, mens totalentreprenørens ytelse begrenses i forhold til hva han *kunne* hensyntatt.

4.3.2 Utviklingsrisikoen

4.3.2.a Innledning

Det synes å herske en viss uklarhet om hva begrepet utviklingsrisiko innebærer på det entrepriserettslige området, og i noen grad synes det som om begrepet er brukt noe ureflektert i teori og rettspraksis som ensbetydende med et uttrykk for en innsatsforpliktelse. Begrepet slik det i dag benyttes i bransjen fremstår som noe inflatert. Dersom totalentreprenøren ikke har mer enn en innsatsforpliktelse for egen kompetanse vil dette være et klart argument for at hans forpliktelse for prosjekteringsytelsen ikke har karakter av resultatforpliktelse.

Hvor grensen trekkes for hva som må regnes som utviklingsfeil, må fastlegges på bakgrunn av en rettspolitisk vurdering. Som det vil fremkomme i den følgende drøftelsen, vil min vurdering av dette være noe strengere enn det som følger av den relativt sparsommelige

behandling temaet har fått i teori og praksis. Resultatet av grensedragningen for totalentreprenørens forpliktelse etterlater en risikosone som regulært må tilligge oppdragsgiver. Det er denne sonen jeg har valgt å kalle *utviklingsrisiko*.

Hvorvidt totalentreprenøren *bør bære utviklingsrisikoen* er i det følgende hovedfokus for drøftelsen, men jeg vil allikevel ta opp noe av debatten rundt innholdet av *begrepet utviklingsrisiko*.

Betydningen av spørsmålet om totalentreprenøren skal bære utviklingsrisikoen bør riktignok ikke overvurderes ettersom Norsk Standard og bransjepraksis for øvrig er så vidt streng som tilfellet er. Imidlertid kan det tenkes tilfeller der dette allikevel kan komme på spissen og føre til betydelige fordyrelser i byggeprosjektet.

I det følgende vil jeg først redegjøre for hvordan utviklingsrisikospørsmålet er behandlet i juridisk teori og rettspraksis, før jeg drøfter hvorvidt totalentreprenøren bærer utviklingsrisikoen.

4.3.2.b Juridisk teori

Barbo definerer utviklingsrisiko som

”Risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt fordi den byggtekniske utvikling på byggetidspunktet var mangelfull.”³⁹

Hagstrøm beskriver utviklingsfeil som

*”Feil som skyldes at aksepterte metoder eller materialer viser seg allikevel ikke å være holdbare”.*⁴⁰

³⁹ Barbo (1990) s. 59-60

Om utviklingsrisiko uttaler han også at

”Det gjøres imidlertid en distinksjon mellom prosjekteringsfeil og det man kan kalle utviklingsrisikoen, dvs. risikoen for at en byggemetode som på bygge tidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt.”⁴¹

Uttalelsene beskriver utviklingsrisiko i relativt korte ordlag, og gir liten veiledning om det materielle innholdet av begrepet. Et annet rettsområde hvor utviklingsrisiko er mer utførlig omtalt, er produktansvarets område. I produktansvarsrettslig teori finnes mer utførlige og presumptivt også mer presise beskrivelser av utviklingsrisikoen.

I Svein Rognliens bok ”Produktansvaret”, beskrives utviklingsrisiko som

”Risiko for en skade eller sikkerhetsmangel som det ikke var mulig å oppdage (forutse) på grunnlag av den vitenskapelige og tekniske viten som forelå på den tid da produktet ble satt i omsetning.”

Videre føyes følgende sentrale presisering til:

”At en produsent som følge av begrenset innsikt og ressurser ikke har mulighet til å forutsi eller oppdage risikoen, medfører ikke uten videre at risikoen (feilen) bare karakteriseres som en utviklingsrisiko. Det avgjørende er den internasjonalt sett høyeste tekniske og vitenskapelige viten på det tidspunkt produktet blir satt i omsetning. Først når det etter denne optimale vitenskapelige og tekniske kunnskap

⁴⁰ Hagstrøm (1997) s. 16-17

⁴¹ Hagstrøm (1997) s. 85

ikke var mulig å kjenne til feilen eller risikoen ved produktet, har man å gjøre med en utviklingsrisiko.”⁴²

Lødrup har en i stor grad sammenfallende beskrivelse av den produktansvarsrettslige utviklingsrisiko, og fremhever i likhet med Rognlien, den ypperste tilgjengelige viten på området som bakteppe for vurderingen:

”Men selv om produktet er så godt fremstilt og konstruert (eller sammensatt) som det etter den høyeste tekniske og vitenskapelige erkjennelse er mulig å få det, og det er gitt fyldig instruksjon om dens bruk, kan produktet likevel – gjerne over lengre tid – vise seg å ha skadevoldende egenskaper. I slike tilfeller foreligger det en utviklingsfeil.”⁴³

Sentralt er det også at det ikke er produktet som sådan som forandrer seg med tiden, hvilket ville innebære at det var tale om en prosjekteringsrisiko, men det er vår viten om produktets uheldige egenskaper som endres.⁴⁴

En prinsipiell forskjell mellom entrepriseretten og produktansvarsretten er at produktansvaret er vinklet mot risiko for personskader i større grad enn tingsskader og økonomisk tap, som ofte anses som mer regulære tap innen entrepriseretten. Allikevel kan risikoen for personskader som følge av utviklingsfeil i entrepresesammenheng ikke på noen måte sies å være ikkeeksisterende. Et historisk eksempel i så måte er utviklingen i kunnskapen om asbests skadevoldende egenskaper.

⁴² Rognlien (1992) s. 199

⁴³ Lødrup (1999) s. 220

⁴⁴ Rognlien (1992) s. 198

4.3.2.c Rettspraksis

Den tradisjonelle dommen som dannet grunnlaget for utviklingsrisikobegrepet i norsk entrepriserett er Byggmesterdommen, Rt. 1968 s. 783. En byggmester som hadde oppført et hus som viste seg å rammes av råteskader i ytterkledningen. Skadens årsak var ikke fullt ut avklart, men det ble antatt at dette skyldes byggemåten der kledningen var tett både i over- og underkant, hvilket innebar at vann som hadde trengt inn bak platene ble stående der og forårsake råde. Fremgangsmåten var vanlig på byggetidspunktet og byggmesteren ble frikjent med begrunnelsen at han hadde *”oppført huset etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble ansett som forsvarlig.”*. Avgjørelsen skriver seg fra tiden forut for tilblivelsen av NS 3431 og forholdet ville i dag blitt bedømt etter bustadoppføringslova (heretter buopfl.) ettersom det er tale om nyoppføring av bolighus. Imidlertid antas det at dommen fortsatt har en visst rettskildemessig verdi, særlig ettersom den har vært grunnlag for diskusjon i juridisk teori samt senere dommer som har befestet synspunktene som retten her tilkjenner. Dommen vedrører feil som oppstod i forbindelse med valg av utførelsesmetode, og ikke prosjekteringen direkte, men den har vært antatt å ha en viss overføringsverdi til prosjekteringsfeil som skyldes planlegging av løsninger som i etterkant viser seg å ha uheldige egenskaper. I dag er dommens vekt sannsynligvis meget begrenset, ettersom forholdet i dag ville vært bedømt etter den langt mer forbrukerorienterte buopfl. § 25 som i større grad gir uttrykk for en resultatforpliktelse. Det kan ikke antas at dommen lenger er et uttrykk for hva som må anses som gjeldende rett, men den er allikevel nevneverdig ettersom den har vært så vidt prinsipiell for totalentreprenørens forpliktelse.

Av dommer av nyere dato, er særlig Rt. 1999 s. 922 (Salhus Flytebru) og LH-2007-102419 (Hammerfest flerbrukshall) verdt å nevne. Rt. 1999 s. 922 omhandler oppføringen av en ny broforbindelse over Salhusfjorden utenfor Bergen. På de steder av konstruksjonen som var antatt å bli utsatt for størst påkjenning, ble det prosjektert med bruk av høyfast stål for å gi konstruksjonen den nødvendige ekstra styrke. I sveiseskjøtene der det høyfaste stålet ble benyttet, viste det seg senere å oppstå sprekker som følge av høy konsentrasjon av hydrogen. Problemet ble senere eliminert ved bruk av en kostbar metode med for- og etteroppvarming av stålet i forbindelse med sveisingen. Søksmålet slik det ble lagt frem for

Høyesterett, bestod av to krav, hvor av det er kravet om tilleggsbetaling for merutgifter i forbindelse med sveisingen av de seksjoner hvor det var benyttet høyfast stål som er interessant i denne sammenhengen. På side 933 og 934 uttaler førstvoterende:

”Hvilken av partene, oppdragsgiveren som foresto prosjekteringen eller entreprenøren som foresto utførelsen, er nærmest til å bære den økonomiske risiko når forutsetningen viste seg å svikte? Svaret vi, slik jeg ser det, først og fremst måtte bero på om og i hvilken utstrekning KEUM (underleverandør sveisetjenester) – som var ansvarlig for å velge en anvendbar sveisemetode – hadde muligheter for å forutse at sveisbarheten av det høyfaste stålet kunne komme til å by på slike problemer som oppstod, og som bare lot seg løse ved bruk av for- og ettervarme på det nivå som viste seg nødvendig. Ved vurderingen av dette må det sees hen til at KEUM – og Kværnerkonsernet samlet – satt inne med landets kanskje fremste ekspertise på sveising av stål, og at SVH (oppdragsgiver) ved en entreprise av det omfang det dreide seg om, hadde grunn til å regne med nettopp dette.”

Høyesterett tar ikke direkte stilling til hva som ligger i begrepet utviklingsrisiko, men førstvoterende kommenterer likevel at det ikke er tale om at risikoen for sprekkene i dette tilfellet innebærer noen utviklingsrisiko som anført av entreprenøren. Førstvoterende viser til sveisefaglige håndbøker fra tiden rundt kontraktstilblivelsen og uttaler:

”Ut i fra det jeg har sitert fra de to håndbøkene og sveisemanualen kan AF (entreprenør) etter min mening vanskelig høres med at sprekkrisikoen ved å sveise under de kontraktsgitte betingelsene i vår sak kom helt overraskende. AF hadde grunn til å regne med at det kunne bli behov for bruk av for- og ettervarme opp til det nivå som faktisk viste seg nødvendig. (...) For det annet viser håndbøkene at faren for sprekker øker med hydrogeninnholdet i sveisen, og at det var meget viktig å holde grensen på 5 ml hydrogen pr. 100 gram sveis. Også dette var et usikkerhetsmoment som entreprenøren måtte ta hensyn til, og som i tilfelle kunne komme til å øke behovet for varmetilførsel. (...) Jeg finner ikke støtte i håndbøkene

for AFs anførsel om at sprekkdannelsene representerte en utviklingsrisiko som må bæres av oppdragsgiveren. Tvert om var faren for hydrogensprekker kjent, og også de nødvendige mottiltak var kjent.”

En tolkning av førstvoterendes utsagn kan muligens gi visse retningslinjer for hva retten mente skulle regnes som utviklingsrisiko. I tilfellet Salhus Flytebru var risikoen for hydrogensprekker omtalt i flere skrevne håndbøker og manualer, både fra tiden før og kort tid etter kontraktsinngåelse i 1991. En av de skrevne normene var videre skrevet av entreprenørens underleverandør av sveisetjenestene, hvilket gir en klar indikasjon på at disse kjente, eller burde kjenne til, problematikken. Egnede mottiltak mot hydrogensprekker var likeledes kjent i fagkretsene på utførelsestidspunktet, hvilket fratar den senere mangel som oppstod sitt preg av utviklingsfeil. Feil som følger av usikkerhetsmomenter som entreprenøren burde tatt hensyn til, kan ikke påberopes som utviklingsfeil. Interessant er det imidlertid at det synes som om førstvoterende anerkjenner at dersom det hadde vært tale om en reell utviklingsrisiko, ville entreprenøren kunne blitt hørt med at denne risikoen skulle påhvile oppdragsgiveren, hvilket er i samsvar med det som tidligere er henvist til av juridisk teori.

I Hålogaland Lagmannsretts dom LH-2007-102419 (Hammerfest flerbrukshall) var faktum at Hammerfest kommune hadde inngått en totalentreprise med Lønnheim Entreprenør AS om bygging av en ny flerbrukshall i Hammerfest. Nærmere to år etter overtakelse av bygget ble det oppdaget betydelige skader på flere av veggelementene på den bakre ytterveggen. Etter undersøkelser ble det konkludert med at skadene trolig skyldtes ras av snø fra taket som hadde samlet seg inntil ytterveggen og påført denne horisontale krefter som veggelementene ikke tålte. Hammerfest kommune mente skadene oppstod som følge av totalentreprenørens prosjekteringsfeil. Retten viser i domspremissene til Barbo og Hagstrøms uttalelser om utviklingsrisiko^{45 46}, og uttaler følgende:

⁴⁵ Hagstrøm (1997) s. 16-17

⁴⁶ Barbo (1990) s. 59 flg.

” Denne regelen om utviklingsrisiko finnes å ha en viss overføringsverdi på nærværende sak for så vidt gjelder det forhold at man nå, i alle fall etter hendelsen i romjulen 2004, kan konkludere med at horisontalkrefter fra fallende snøskavler faktisk kan medføre alvorlige byggetekniske skader på vegger utført i Parocement. Lagmannsretten er derfor, etter en samlet vurdering på bakgrunn av de foreliggende kilder og bevis, kommet til at det ikke hefter noen mangel ved Lønnheim Entreprenør AS' prosjektering. De krefter som var i virksomhet var ikke kjent eller påaktet i verken gjeldende standarder eller allmenne normer for prosjektering på det tidspunkt hallen ble prosjektert, og Lønnheim Entreprenør AS hadde ingen konkret oppfordring til å skaffe seg annen kunnskap ut over den kontakt som de har hatt med Hammerfest kommune og deres befaringsavdeling av byggeområdet, og som ikke brakte noen kunnskap av betydning for risikofordelingen mellom partene. Lagmannsretten finner at det må være Hammerfest kommune som oppdragsgiver og gårdeier som bærer risikoen for den utvikling med opphoping av snø som førte til at snøskavlen brakk, falt ned og skadet veggen.”

Til tross for at retten ikke foretar noen presisering av sin forståelse av begrepet utviklingsrisiko, og heller ikke sier uttrykkelig at det her er tale om utviklingsrisiko, synes det klart at den bygger på en i stor grad sammenfallende forståelse av begrepet som førstvoterende la til grunn i Salhus Flytebru. Avgjørende for at skadene ikke var å anse som prosjekteringsfeil var her blant annet at risikoen for at veggelementene skulle ta skade av horisontale krefter som følge av snøfall fra taket måtte sies å representere ny viten som ikke tidligere var kommet til uttrykk verken i gjeldende standarder eller allmenne normer. Retten fant at totalentreprenøren hadde fattet egnede tiltak for å besørge en tilfredsstillende prosjektering på dette punktet, og at de ikke hadde noen oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser av denne problematikken.

Som vist ovenfor synes det ved vurderingen av hvorvidt det er tale om en utviklingsrisiko, å være avgjørende om *risikoen for feilen som oppstod var kjent eller ikke*. Det kan stilles spørsmål om hvor avledet og utilgjengelig en eventuell eksisterende viten om risikoen må være, for at totalentreprenøren skal kunne høres med at han ikke burde tatt den i betraktning. Sannsynligvis må det stilles relativt strenge krav til totalentreprenørens kunnskap og undersøkelse i denne sammenhengen. I vårt moderne samfunn er informasjon gjennomgående lett å dele gjennom elektroniske kanaler, og det følger av den strenge profesjonsnormen at kontraktsmotparten må kunne forvente at totalentreprenøren besitter den nødvendige oppdaterte faglige kompetanse for å oppfylle sin kontraktsforpliktelse.⁴⁷ Slik det fremgår av førstvoterendes uttalelse som sitert ovenfor, forventes det også av totalentreprenøren at han foretar videre undersøkelser om det er usikkerhetsmomenter han står ovenfor i sitt arbeid.

4.3.2.d Bærer totalentreprenøren utviklingsrisikoen?

Slik Hagstrøm formulerer risikoplasseringen i totalentreprise, synes det som om han mener totalentreprenøren uten unntak er fritatt for risikoen for såkalte utviklingsfeil.⁴⁸

Han uttaler blant annet at

*”Dersom entreprenørens arbeid med prosjektet må sies å ha vært forsvarlig etter kunnskapen den gang, har han ikke risikoen for at senere erfaring tilsier at løsningene allikevel ikke var tilfredsstillende.”*⁴⁹

Barbo går i likhet med Hagstrøm også langt i å trekke konklusjonen at oppdragsgiveren er nærmest til å bære utviklingsrisikoen, og at dette er et unntak fra den vidtgående

⁴⁷ Jf pkt. 2.2

⁴⁸ Hagstrøm (1997) s. 17

⁴⁹ Hagstrøm (1997) s. 85

forpliktelse totalentreprenøren har påtatt seg.⁵⁰ I tingrettsdommen TOSLO-2007-110178 går domstolen langt i å slutte seg til denne risikoplasseringen og uttaler følgende:

”Også det entrepriserettslige prinsippet om at oppdragsgiveren normalt må bære utviklingsrisikoen, i motsetning til prosjekteringsrisikoen, tilsier en slik løsning.”

Rettskildemessig har denne enkeltstående tingrettsdommen liten vekt, men den er interessant i det henseende at den demonstrerer hvordan oppfatningen om at oppdragsgiveren normalt bærer utviklingsrisikoen også har slått rot i domstolsapparatet.

Gode grunner taler for å legge til grunn en forståelse av begrepet utviklingsrisiko som i større grad sammenfaller med hvordan det er beskrevet i erstatningsrettslig teori. Etter overnevnte definisjoner foreligger ekte utviklingsfeil kun der det var nær sagt *umulig* for totalentreprenøren å forutse at den prosjekterte fremgangsmåte ville medføre mangler ved det ferdige bygget.

Det kan drøftes hvilken risikoplassering som er mest rasjonell og rimelig, og her kan tungtveiende argumenter fremføres for begge synspunkter. En negativ konsekvens av å pålegge totalentreprenøren utviklingsrisikoen er at dette tvinger ham til å prise sin risiko for utviklingsfeil. En slik risikofordeling ville kunne føre til kraftig overprising av totalentreprisen i forhold til andre kontraktsformer, ettersom det ligger i utviklingsfeilenes karakter at deres manifestasjon og kostnadmessige utstrekning er ukjent. Videre kan det hevdes at denne risikofordelingen kan bidra til en uønsket stagnasjon i den tekniske utviklingen i bygg- og anleggsbransjen, ettersom totalentreprenøren vil ha en sterk oppfordring til å avstå fra å benytte metoder og materialer som ikke allerede har vært i bruk over en meget lang tidsperiode, slik at man i størst mulig grad kan sies å kjenne til alle sider ved løsningen. Imidlertid synes det for så vidt heller ikke rimelig at oppdragsgiveren som i en totalentreprisen ikke skal være involvert i prosjekteringen, skal bære risikoen for

⁵⁰ Barbo (1990) s. 62

utviklingsfeil som har sitt opphav i valg truffet i prosjekteringsfasen. Om et hovedargument er at totalentreprenøren ikke bør bære utviklingsrisikoen fordi det ikke var mulig for ham å unngå prosjekteringsfeilen som oppstod, er et like gyldig argument at oppdragsgiver om mulig vil være enda fjernere fra å kunne avverge feilen. For eksempelvis grunnforholdene vil synspunktet kunne være annerledes, ettersom dette er et grunnlag oppdragsgiveren bringer inn i kontraktsforholdet. Når oppdragsgiver selv ikke prosjekterer, kan det synes urimelig at han allikevel skal bære en potensielt byrdefull utviklingsrisiko.

Det å unnta utviklingsrisiko fra totalentreprenørens resultatforpliktelse ville imidlertid være stikk i strid med nettopp det som var "forretningsideen" bak totalentreprisene; en helhetlig og lett praktiserbar risikomodell hvor totalentreprenøren påtar seg den fulle og hele risiko for prosjektering så vel som utførelse.

Nettopp av overnevnte årsaker kan det stilles spørsmålstegn ved hvorfor partene i forhandlingene ved tilblivelsen av NS 3431 ikke tok stilling til plasseringen av risikoen for utviklingsfeil, ettersom problemstillingen var alminnelig kjent i bransjen på forhandlingstidspunktet. Etter undertegnedes kjennskap er spørsmålet om plasseringen av utviklingsrisikoen heller ikke vurdert regulert ved den pågående revisjon av totalentreprisestandarden og omlegging til ny NS 8407.

Det faktum at utviklingsfeil ikke er nevnt særskilt i standarden, kan også anføres som et argument for at disse feilene skal følge den samme vurderingsmal som øvrige prosjekteringsfeil, hvilket ville innebære at også disse er underlagt totalentreprenørens resultatforpliktelse og således vil være hans risiko.

Dersom Hagstrøm og Barbos utgangspunkt aksepteres som holdbart, innebærer dette at det foreligger en praksis som ikke umiddelbart fremstår som naturlig i forhold til ordlyden i NS 3431 pkt. 37.1, som ikke gjør noe spesifikt unntak for utviklingsfeil. Det kan argumenteres med at utviklingsfeil skyldes forhold totalentreprenøren *ikke svarer for*, men det synes noe kunstig å innfortolke utviklingsrisiko som forhold totalentreprenøren ikke svarer for, på lik

linje som risiko for force majeure og andre forhold oppdragsgiveren regulært bærer ansvaret for.⁵¹ Kommer man til at oppdragsgiveren skal bære risikoen for utviklingsfeil, synes det klart at pkt. 37.1 må tolkes innskrenkende, slik at det innfortolkes et unntak fra resultatforpliktelsen hva gjelder disse feilene.

4.4 Sammenfatning

En risikoplassering som innebærer at oppdragsgiver bærer utviklingsrisikoen avviker fra ordlyden i NS 3431 pkt. 37.1, og likeså fra grunntanken om totalentreprisen som en kontraktsform med en samlet risikomodell. Det synes imidlertid i stor grad som om bransjen har anerkjent denne risikoplassering som er vokst frem i teori og senere fulgt opp i rettspraksis. Denne oppfatningen innebærer at totalentreprenørens prosjekteringsforpliktelse som et hele vanskelig kan anses som en resultatforpliktelse, ettersom unntaket for utviklingsrisikoen må sies å være et betydelig innhugg i denne.

Imidlertid skal det nok regulært mye til for at en totalentreprenør skal bli hørt med at eventuelle feil og mangler må anses som utviklingsfeil som oppdragsgiver skal bære risikoen for, ettersom kravene til hans faglige kompetanse og nærmere undersøkelser ved eventuelle usikkerhetsmomenter, er så vidt strenge.

At totalentreprenøren rent faktisk *har* en forpliktelse som er strengere enn rådgiverens hva gjelder risikoen for egen kompetansesvikt, er ikke tvilsomt. Hvorvidt den kan sies å være en *resultatforpliktelse* med de karakteristikkene begrepet impliserer, er derimot mer tvilsomt. Å karakterisere totalentreprenørens prosjekteringsytelse som en innsatsforpliktelse på dette punkt er misvisende. Det synes imidlertid noe problematisk ensidig å konkludere med at han har en resultatforpliktelse for *alle* tilfeller av kompetansesvikt, også utviklingsrisikotilfellene. Sannsynligvis må dette spørsmålet holdes åpent i påvente av signaler fra bransjen og domstolene. Etter hva undertegnede er kjent med, planlegges det

⁵¹ Kolrud (1992) s. 297

ikke å regulere utviklingsrisikotilfellene i NS 8407, hvilket antakelig vil innebære at en bedre anledning til å avklare dette risikoforholdet vil kunne ligge langt fram i tid.

5 Faktisk villfarelse

5.1 Innledning

I tillegg til kompetansesvikt, er villfarelse om prosjektets rammebetingelser en vesentlig kilde til prosjekteringsfeil. I denne avhandlingen er risiko for grunnforhold, klimatiske forhold og materialvalg skilt ut som tre hovedgrupper av praktiske årsakstilfeller til prosjekteringsfeil. I dette avsnittet vil antakelsene om rådgiverens innsatsforpliktelse og totalentreprenørens resultatforpliktelse bli testet mot praktiske typetilfeller av prosjekteringsfeil, for å se om dette gir ytterligere informasjon som kan belyse avhandlingens problemstilling.

Som etablert i avhandlingens pkt. 2.2 jf 4.2, kreves det ikke mer av rådgiveren enn at han skal prestere i henhold til en faglig forsvarlig bransjenorm. Problemstillingen som skal drøftes i de kommende avsnitt er hvorvidt totalentreprenøren, forutsatt at han har oppfylt i henhold til nevnte bransjestandard, allikevel vil ha risikoen for prosjekteringsfeil som oppstår på grunn av villfarelse om de faktiske forhold. For å kunne belyse denne problemstillingen skal det først trekkes en grense for rådgiverens risiko for faktisk villfarelse før det vurderes hvor langt totalentreprenørens forpliktelse må antas å strekke seg i dette henseendet.⁵²

⁵² Jf figur, pkt. 2.3.

5.2 Grunnforhold

5.2.1 Innledning

Når et bygg skal prosjekteres og senere oppføres, er byggegrunnens beskaffenhet av sentral betydning. Grunnforholdene påvirker valg av fundamenteringsmetoder og kan dermed også få konsekvenser for valg og dimensjonering av konstruksjoner over grunnen. Manglende kjennskap til - eller feilvurderinger av - byggegrunnens beskaffenhet, kan få alvorlige konsekvenser for det etterfølgende prosjekteringsarbeidets kvalitet, kostnad og framdrift. Tilsvarende kan feilvurderinger av byggegrunnens beskaffenhet også lede til kostnads- og framdriftsmessige konsekvenser for gjennomføringen av byggearbeidet og for det ferdige byggets pris, kvalitet, funksjon og levetid.

Med grunnforhold menes her naturgitte forhold i grunnen, i motsetning til lokale forhold, som også omfatter forhold ved grunnen og omgivelsene på byggestedet som skyldes ting som ikke naturlig finnes der som eksempelvis rørføringer, ledninger, menneskeskapte konstruksjoner og fornminner mv.

I de følgende avsnittene skal først rådgiverens forpliktelse for grunnforholdene drøftes. Deretter skal den samme øvelse gjøres for totalentreprenørens vedkommende, for å se om han kan tenkes å ha en mer vidtrekkende risiko for grunnforholdene enn rådgiveren. Avslutningsvis vil det foretas en kortere sammenfatning for de to realdebitorers forpliktelser.

5.2.2 Rådgiverens risiko for grunnforholdene

5.2.2.a Innledning

Det er i avhandlingens foregående deler fastslått at rådgiverens prosjekteringsytelse av karakter er en innsatsforpliktelse. Den enkelte rådgivers forpliktelse i relasjon til grunnforholdene må avgjøres konkret og det må tas i betraktning *hva slags rådgiver* den aktuelle realdebitor er kontrahert som. Fram til dette punkt i oppgaven har jeg i hovedsak

omtalt de ulike rådgivere under ett, mens det med tanke på grunnforhold er nødvendig å skille mellom rådgivende ingeniør i geoteknikk og andre grupper av prosjekterende som arkitekter, rådgivende ingeniør innen byggteknikk eller elektro, mv.

5.2.2.b Rettspraksis og juridisk teori

Et eksempel fra rettspraksis om rådgiverens forpliktelse for grunnforholdene er Borgarting Lagmannsretts dom LB-2008-102783. Saken gjaldt krav mot rådgivende ingeniør byggeteknikk i anledning at uforutsette vanskelige grunnforhold forvansket byggeprosessen. I prosjekteringsfasen av prosjektet ble det drøftet ulike løsninger i forbindelse med utnyttelse og utbygging av kjellerareal på det bygget som skulle oppføres. I denne prosessen ble det foretatt enklere sonderingsboringer på tomten for å bestemme blant annet avstanden til fjell i grunnen. På bakgrunn av disse undersøkelsene ble det igangsatt arbeider på tomten. Undersøkelsene var ikke av en slik karakter at de var egnet til å avdekke de uheldige grunnforholdene og rådgiveren ble ansett å ha vært uaktsom ved å ikke ha foretatt nødvendige grunnundersøkelser i forkant av utføringen, men å ha basert seg på den mangelfulle rapporten fra de undersøkelser som forelå.

I en annen sak fra Borgarting Lagmannsrett vedrørende setningsskader som oppstod i forbindelse med synkning av gulvet i Borg Storsenter, påpeker retten at de undersøkelser som er foretatt ikke er tilstrekkelige, og at den rådgivende ingeniøren (Strøm) opptrådte uaktsomt ved å ikke initiere grundigere undersøkelser basert på ødometerforsøk som ble antatt å ville avdekket forhold i grunnen som forårsaket at støp av gulv direkte på massene ikke var tilrådelig.⁵³ Førstvoterende uttaler følgende i domspremissene om uaktsomheten:

“Lagmannsretten finner det klart at Strøm ikke uten å foreta en mer inngående undersøkelse basert på ødometerforsøk, kunne bygge på at området var overkonsolidert og at det var forsvarlig å legge gulv direkte på grunn. Ikke minst rapporten fra Noteby av 2. september 1987, som Strøm var kjent med, men som han

⁵³ LB-2002-03794

ikke opplyste Holstad (entreprenøren) om, ga grunn til tvil om det. Selv om uttalelser i Noteby-rapporten om at « selv små tilleggsbelastninger forventes å gi relativt store setninger, som følge av leirens høye kompressibilitet » skulle gjelde et område noen hundre meter unna, var avstanden likevel så nær at Strøm ikke kunne basere seg på et visuelt inntrykk av terrengforholdene. Undersøkelser var nødvendige. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at Strøm har opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt.”

Dersom villfarelsen om de problematiske grunnforholdene beror på sviktende faglige vurderinger hos rådgiveren, er spørsmålet hvor vidt disse skal underlegges en like streng vurdering, eller om det her må anses å være et noe større slingringsmonn for hva som anses uaktsomt. Nerdrum presiserer at rådgiveren ikke er avskåret fra å “ta sjanser”. Selv om han benytter en løsning som det er knyttet risiko til, innebærer ikke dette automatisk at dette anses uaktsomt.⁵⁴ Motsatt vil det ikke usannsynlig bli regnet som uaktsomt dersom rådgiver nytter oppdragsgiver som “forsøkskanin” uten hans kunnskap om dette.

Særegent for tilfeller der fysiske rammebetingelser, som for eksempel grunnforholdene, fører til en feil eller mangel ved det ferdige bygget, er for rådgiveren det at mange feil kan oppstå nettopp i grenseflaten mellom prosjekteringen og utførelsen, ettersom denne ikke utføres av samme aktør. Et eksempel på et slikt tvilstilfelle er Rt. 1997 s. 231. Saken gjaldt spørsmål om hvorvidt det rådgiveren (rådgivende ingeniør geoteknikk) uaktsomt hadde forårsaket en prosjekteringsfeil ved for svak dimensjonering av avstivere i grunnen på et prosjekt som var kjent for å skulle oppføres på en byggetomt med vanskelige grunnforhold. Rådgiveren og Rådgivende Ingeniørers Forening som hjelpeintervent anførte at prosjekteringen var solid nok, men at det faktum at utførende entreprenør ventet for lenge med å plassere de prosjekterte avstivere i grunnen etter at grøften var åpnet, var årsaken til feilen som senere oppstod. Dette fikk de medhold i av Høyesterett, og førstvoterende uttaler på s. 239:

⁵⁴ Nerdrum (1985) s. 1

”Retten finner at i rettslig forstand var årsaken til ulykken at grøften ble stående i 14 dager etter at man hadde gravd ned til avstivningsnivå 2 uten at stiverne ble montert. Dette var klart i strid med kontrakten, hvorefter avstivning skal skje med en gang man var kommet ned til det forutsatte nivå. Selv om dette ikke hadde vært sagt i kontrakten, finner retten at det var faglig uforsvarlig ikke å foreta avstivning straks. Det er i bransjen et velkjent forhold at skjærfastheten i grunnen synker betydelig når en grøft blir stående åpen som her, selv om spuntvegg er slått ned. Trykket mot spuntveggen vil derved øke betydelig. Hvor fort skjærstyrken synker, kan det ikke sies noe nøyaktig om, men i dette tilfellet stod grøften åpen i ca. 14 dager, og det er ikke urealistisk å regne med at dette har bevirket en reduksjon av sikkerhetsfaktoren på 30 %.”

5.2.2.c Rekkevidden av rådgivers forpliktelse for grunnforholdene

NS 8401 pkt. 4.2.1 regulerer hva som anses som del av oppdraget, og setter dermed rammene for rådgiverens forpliktelse. Prosjekteringsstandarden er utformet på en måte som gjør den anvendelig for de ulike typer prosjekterende, og er således ikke spesifikt utformet med tanke på den ene eller andre typen konsulentvirksomhet. Slik må rekkevidden av rådgiverens forpliktelse tolkes i samsvar med pkt. 4.2.1, hvilket innebærer at rådgivende ingeniør geoteknikk vil ha en forpliktelse som innebærer helt andre krav til kontroll av grunnforhold enn arkitekten eller rådgivende ingeniør elektro vil ha. Det er på det rene at geoteknikeren gjennom sin spesialistrolle må underlegges en strengere vurdering enn de øvrige prosjekterende hva gjelder utførelsen av og bedømmingen av grunnforhold, ettersom nettopp dette er kjerneytelsen i hans leveranse.

Dette innebærer ikke nødvendigvis at de andre prosjekterende ikke vil ha noen form for selvstendig ansvar for å undersøke egnetheten av grunnforholdene i forhold til de løsninger de presenterer for oppdragsgiver, men det synes rimelig klart at deres forpliktelse ikke strekker seg utover det som er knyttet til deres respektive leveranser. I den grad en rådgivers leveranse er avhengig av gitte grunnforhold, for eksempel bæreevne i grunnen,

vil det kunne tenkes tilfeller der han anses å ha en selvstendig plikt til å undersøke disse.⁵⁵ Begrepet ”undersøke” må her etter min oppfatning tolkes i vid forstand. Det kan lite trolig bli aktuelt å pålegge rådgivende ingeniør elektro å iverksette egne geotekniske undersøkelser, men snarere er det aktuelt å si at det må anses å være en del av hans forpliktelse å konferere med rådgivende ingeniør geoteknikk (heretter RIG) om de aktuelle forhold hans leveranse er avhengig av. Viser disse seg ikke å være avklart, vil han ha en oppfordring til å opplyse oppdragsgiver om dette og belyse behovet for ytterligere undersøkelser, jf pkt. 10.2, 2. ledd. Når det gjelder for eksempel rådgivende ingeniør byggs (heretter RIB) forhold til RIGs grunnundersøkelser, er det naturlig å forvente av ham at han benytter sin faglige kunnskap og erfaring fra tidligere prosjekter til å vurdere hvorvidt RIGs undersøkelser og konklusjoner trukket på bakgrunn av disse, fremstår som relevante og tilfredsstillende. Jo mer komplekst prosjektet er, og jo større feilrisikoen er, desto høyere krav må antakeligvis stilles til rådgiverens aktsomme opptreden.

En meget stor andel av feil i prosjekteringsforhold oppstår i grenseflatene mellom fagene som følge av manglende kommunikasjon mellom de ulike prosjekterende.⁵⁶ Der det kan tenkes at rådgiveren kan høres med en prosjekteringsfeil på hans hånd har sin rot i et slikt grenseflateproblem som kan spores til feil utført av sideprosjekterende, for eksempel dersom RIB har fått feilaktig eller utilstrekkelig arbeidsunderlag fra RIG, er det på det rene at totalentreprenøren ikke har noen slik unnskyldningsgrunn i behold, ettersom han selv forestår den totale prosjekteringen. Det samme gjelder for så vidt også anledningen til å påberope manglende koordinering. Oppdragsgiver har et ansvar for å forestå koordineringen av prosjekteringen, slik at forholdene ligger til rette for at de ulike leverandører sømløst kan yte sine respektive tjenester, og dersom eksempelvis ikke RIB får overlevert nødvendige og tilfredsstillende underlag for egen prestasjon, for eksempel fra rådgivende ingeniør brann, vil han kunne måtte høres med at eventuelle feil i hans leveranse skyldtes manglende koordinering.

⁵⁵ Vagner (2005) s. 225

⁵⁶ Grimsmo (2008) s. 25

Dersom man etter en konkret vurdering kommer til at rådgiverens leveranse er i henhold til hva som regnes som faglig forsvarlig og i samsvar med bransjepraksis for øvrig, er det klare utgangspunkt også her at dersom uventet dårlige grunnforhold allikevel medfører prosjekteringsfeil, har rådgiveren ikke risikoen for disse.

5.2.3 Totalentreprenørens risiko for grunnforholdene

5.2.3.a Innledning

Det som skal drøftes i det følgende er hvorvidt totalentreprenøren har en forpliktelse for grunnforholdene som går videre enn rådgiverens innsatsforpliktelse. For å vurdere dette skal det innledningsvis kort redegjøres for gjeldende rett før vedtakelsen av NS 3431 for betydningen av dagens standardformulering drøftes. Videre kommenteres hvordan totalentreprenørens forpliktelse for grunnforholdene er foreslått endret ved omlegging til ny NS 8407.

5.2.3.b Tidligere oppfatning og praksis

Det synes som at totalentreprenørens forpliktelse for grunnforholdene fikk en revisjon ved tilblivelsen av NS 3431. BFJR kom i deres uttalelse nr. 265 (1987) til at en totalentreprenør måtte bære risikoen for at grunnforholdene viste seg å være betydelig vanskeligere enn det de fremsto som i oppdragsgiverens forprosjekt, ut i fra en begrunnelse om at totalentreprenøren hadde påtatt seg en forpliktelse som også omfattet grunnforholdene. Rådet uttaler at:

” Totalentrepriseformen forutsetter nettopp at en i tillegg til en generalentreprise har påtatt seg risikoen for prosjekteringen. I utgangspunktet har således entreprenøren i totalentreprise den totale risiko for det ferdige produkt når ikke byggherren selv har påtatt seg risikoen for konkrete forhold, opplysninger eller leveranser. (...) Rådet kan ikke se at dokumentene inneholder opplysninger som gir

konkrete holdepunkter som entreprenøren kan bygge på og som fritar ham for prosjekteringsansvar. Man kan heller ikke se at entreprenøren har tatt forbehold som skulle korrigere hovedregelen under denne entrepriseform. (...) Rådets konklusjon er at når kommunen har valgt et anbud, utført i totalentreprise, så må entreprenøren ta risikoen for at hans egne forutsetninger holder eller brister. Entreprenøren kan derfor ikke få dekket meromkostninger for dette forhold.”

Rådets uttalelse gir uttrykk for et prinsipp en totalentreprenørs forpliktelse for grunnforholdene som en rendyrket resultatforpliktelse, noe som ikke er tilfellet etter NS 3431. En medvirkende årsak til at forpliktelsen for grunnforholdene ble valgt endret i standarden er ikke utenkelig nettopp dette at grunnforholdene er blant de rammebetingelser som oftest leder til prosjekteringsfeil. Villfarelse om grunnforholdene kan lett forplante seg gjennom flere ledd og få vidtrekkende konsekvenser for større deler av byggeprosjektet. At totalentreprenøren skulle bære den fulle risiko for grunnforholdene, ville som for all annen risikopådragelse, innebære at han måtte ta høyde for dette i sin prissetting av kontraktarbeidet.

5.2.3.c Totalentreprenørens forpliktelse for grunnforholdene etter NS 3431

Totalentreprenørens risiko for grunnforholdene er i dag regulert i NS 3431 pkt. 8.2. Hans forpliktelse synes å være ordlydsmessig innskrenket ved at det i pkt. 8.2.2 er inntatt en begrensning i hans forpliktelse for grunnforholdene i de tilfeller der han kan godtgjøre at han *ikke burde ha oppdaget* eller *tatt i betraktning* de uheldige grunnforholdene.

Pkt. 8.2.2 representerer en begrensning som avviker fra standardens øvrige krav til totalentreprenørens ytelse, som ellers i stor grad er objektivt formulert. I hvilken grad denne ordlyden medfører at totalentreprenørens forpliktelse for grunnforholdene i realiteten er en innsatsforpliktelse, slik at han kan påberope villfarelsen som en unnskyldningsgrunn, skal drøftes nedenfor.

Formuleringen i pkt. 8.2.2 innebærer som nevnt innledningsvis at totalentreprenøren her synes å være gitt en unnskyldningsmulighet i form av at uforutsette uheldige grunnforhold kan være av en slik karakter at han ikke burde oppdaget eller tatt dem i betraktning. Ordlyden i formuleringen må tolkes for å kunne si noe konkret om hvilke forhold ved grunnen totalentreprenøren har risikoen for. Unnskyldningsgrunnen er ordlydsmessig todelt:

*”For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold i grunnen med mindre han godtgjør at han ikke **burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning.**”*

Bestemmelsens første del bærer preg av en culpabegrensning i form av at totalentreprenøren ikke bærer risikoen for forhold han *ikke kan klandres for ikke å ha oppdaget*. Dette kan være tilfellet dersom de gjennomførte geotekniske undersøkelser allikevel har vist seg ikke å gi et korrekt bilde av grunnforholdene, for eksempel på grunn av lokale variasjoner i byggegrunnen. Betydningen av bestemmelsens andre del er imidlertid noe annerledes. Totalentreprenøren bærer ikke risikoen for forhold i grunnen dersom han godtgjør at han *ikke burde tatt dem i betraktning*. Vesensforskjellen i disse to formuleringene er henvisningene til hvilke risikomomenter totalentreprenøren bør regne med i sine kalkulasjoner. Det må antas at hvilke usikkerhetsmomenter han burde ta i betraktning er flere enn de han rent faktisk burde ha *oppdaget*. Denne sistnevnte formuleringen gir en snevrere unnskyldningsadgang enn den foregående. Dette styrkes også av det faktum at totalentreprenøren selv har blitt pålagt bevisbyrden for sin aktsomme opptreden. Allikevel er bestemmelsen ikke rent objektiv, og det er på det rene at totalentreprenøren her er gitt en unnskyldningsgrunn ved uventet dårlige grunnforhold. Imidlertid må det antas at vurderingen av totalentreprenørens forhold vil være strengere enn den er for rådgiveren. Dette er en naturlig følge av at det for totalentreprenøren vil være svært mange ledd i prosessen hvor han vil ha en oppfordring til å bringe klarhet i eventuelle usikkerhetsmomenter ved grunnen, ikke bar under selve prosjekteringen, men også underveis i utførelsen, herunder særskilt i fundamenteringsprosessen. Under en fundamenteringsprosess vil det kunne forekomme at man gjør erfaringer som tilsier at

grunnforholdene er annerledes enn det man tidligere har belagt seg på, hvilket er en av mange ledd hvor totalentreprenøren *bør* initiere nødvendige undersøkelser og foreta den nødvendige omprosjektering.

I hvilke tilfeller kan det motsatt tenkes at totalentreprenøren må høres med en anførsel om at han ikke burde tatt grunnforholdene i betraktning? Et hypotetisk tilfelle vil kunne være dersom oppdragsgiver og totalentreprenøren har hatt en langvarig kontraktsrelasjon, og totalentreprenøren har oppført en rekke bygg på samme grunn som ledd i utviklingen av et helt område. Han har foretatt omfattende geotekniske undersøkelser som ledd i prosjekteringen av de tidligere bygg, og entydige resultater av disse indikerer ensartede, kurante grunnforhold i hele området, eventuelt støttet av geologiske kart som trekker i samme retning. Støter man da under fundamenteringen på en lomme av bløt leire som forårsaker en prosjekteringsfeil, vil han muligens kunne høres med en unnskyldning om at han ikke hadde grunn til å ta dette i betraktning.

Før kontrahering av totalentrepriser foretar mange oppdragsgivere forutgående undersøkelser av byggegrunnen. Slike undersøkelser kan være mer eller mindre omfattende. Formålet med slike forutgående undersøkelser er gjerne begrenset til å avdekke om det er forhold ved byggegrunnen som tilsier at det planlagte bygget ikke kan oppføres på tomten. På den måten unngår oppdragsgiver å invitere tilbydere til å gi pristilbud på et prosjekt som ikke kan realiseres. I slike tilfeller vil de forutgående undersøkelsene av grunnen ofte være ufullstendige og dermed beheftet med grader av usikkerhet. Dersom resultatene fra oppdragsgivers forutgående undersøkelser av grunnen vedlegges tilbudsforespørselen – og disse undersøkelsene ikke er så fullstendige at de overflødiggjør totalentreprenørens egne undersøkelser av grunnforholdene - er det vanlig at oppdragsgiver i tilbudsforespørselen informerer tilbyderne særskilt om dette.

I tilfeller der oppdragsgiver har gjennomført andre byggearbeider i samme område, velger han kanskje å vedlegge informasjon om resultatene fra grunnundersøkelser i disse prosjektene. Lokale variasjoner kan imidlertid tilsi store forskjeller i grunnforholdene

innenfor små geografiske avstander. Barbo peker på urimeligheten i at totalentreprenøren skal bære risikoen for grunnundersøkelsene oppdragsgiver foretar, ettersom det av rasjonalitetshensyn er blitt slik at det er nettopp oppdragsgiver og ikke tilbyder som foretar disse undersøkelsene.⁵⁷ Totalentreprenøren har i realiteten liten anledning til å undersøke grunnforholdenes godhet før han avgir sitt bindende tilbud, og må derfor legge til grunn at oppdragsgivers opplysninger fra forprosjektet er korrekte. Ofte vil imidlertid totalentreprenøren ta forbehold om gitte forhold ved grunnen i forbindelse med kontraktsinngåelse. Hvorvidt disse forbehold står seg som hjemmel for å kreve tilleggsvederlag og fristforlengelse, må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Det finnes eksempler hvor BFJR har satt til side slike forbehold blant annet om masseutskiftning, slik at totalentreprenøren allikevel ble ansett å ha plikt til å foreta disse uten tilleggsvederlag.⁵⁸ Barbos synspunkt er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt, og det må foretas en konkret vurdering av det enkelte tilfelle for å avgjøre hvem av kontraktspartene som skal bære risikoen for de foretatte grunnundersøkelser.

Et annet sentralt spørsmål er hvorvidt det må trekkes et skille mellom feil som oppstår på bakgrunn av informasjon som viser seg å ikke stemme, og feil som oppstår som følge av feilaktige trukne slutninger på bakgrunn av de opplysninger oppdragsgiver har gitt totalentreprenøren om grunnforholdene. Det er på det rene at feilaktige opplysninger svarer oppdragsgiver for, mens spørsmålet her er hvorvidt han også svarer for de konklusjoner totalentreprenøren trekker på bakgrunn av disse. Sandvik skriver at det forutsettes at entreprenørene holder seg faglig oppdaterte og besørger å ha nødvendig kompetanse til å utlede korrekte hovedkonklusjoner fra det materialet de blir forelagt.⁵⁹ Det varierer antakelig noe hva slags informasjon som fremkommer i en rapport om grunnforholdene som inntas i oppdragsgivers tilbudsgrunnlag. Dersom informasjonen i all hovedsak er

⁵⁷ Barbo (1990) s. 51

⁵⁸ BFJR nr. 527 (2001)

⁵⁹ Sandvik (1966) s. 226

statistikk og ”nakne undersøkelsesdata”, må totalentreprenøren selv tolke disse data.⁶⁰ Er materialet som fremlegges bare av generell, orienterende art og/eller er basert på ufullstendige undersøkelser, blir det også opp til totalentreprenøren å vurdere om den informasjon som fremkommer synes å gi et bilde av ensartede grunnforhold, eller om det er grunn til å anta at det kan forekomme problematiske grunnforhold. Barbo skriver at ettersom oppdragsgiver har en så vid valgfrihet når det kommer til gjennomføringen av grunnundersøkelsene og anvisninger av hvor på tomten det skal foretas stikkprøver, er det rimelig at han også bærer risikoen, ikke bare for selve gjennomføringen av prøvene, men også for at de slutninger og konklusjoner som totalentreprenøren kan trekke på bakgrunn av disse rent faktisk vil gi et relativt korrekt bilde av de faktiske forhold.⁶¹

Vanlig er det også at de innledende geotekniske undersøkelser oppdragsgiver foretar presenteres i form av mer enn kun empiriske funn og rene data. Ikke sjelden utformer geoteknikeren som utførte undersøkelsene en rapport som sammenfatter funnene. Dette er et dokument som fort kan bringe oppdragsgiver i en vanskelig situasjon dersom dette langt på vei konkluderer med hvilke grunnforhold man under prosjektet må regne med, jf NS 3431 pkt. 8.2.1.

Av realpolitiske argumenter fra entreprenørsiden er den typiske innvending mot at totalentreprenøren skal ha risikoen for uventet dårlige grunnforhold, at deres inntjeningsmulighet på det enkelte prosjektet er begrenset til den ene leveransen, mens oppdragsgiver som eier av bygget vil ha en langvarig inntjeningsmulighet som gir rom for å dekke eventuelle merutgifter knyttet til grunnforholdene. Dette argumentet er i og for seg gyldig nok, men realpolitisk sett må trolig det faktum at grunnforholdene er et premiss for prosjektet som totalentreprenøren ikke har påvirkningsmulighet på, men ensidig blir overgitt av byggherren, være vel så viktig. I det følgende skal det gjøres rede for vanlige

⁶⁰ Sandvik (1966) s. 226

⁶¹ Barbo (1990) s. 53

avvik fra standardens regler om risikoplassering for grunnforhold, før det sees hen til hvordan risikoen for grunnforholdene er tenkt regulert i ny NS 8407.

5.2.3.d Avtale avvik fra standardens risikoplassering

Det er ikke uvanlig i bransjen at partene i en totalentreprise blir enige om risikoplasseringer som avviker fra de som følger av totalentreprisestandarden. En totalentreprisekontrakt om oppføring av leilighetsbygg på Østlandet som undertegnede har fått anledning til å studere, inneholder formuleringer som modifierer både pkt. 8.2.1 og 8.2.2. Pkt. 8.2.1 er gitt betydelige tilføyelser i form av informasjon om undersøkelser foretatt av grunnforholdene. Tilføyelsens siste punkt er imidlertid det definitivt mest interessante:

”Alle de nevnte dokumenter er overlevert Totalentreprenøren uten ansvar for Oppdragsgiveren. Totalentreprenøren godtar ved inngåelse av denne avtale at dokumentene omfattes av hans kontraktsansvar som om han hadde innhentet dem selv.”

Formuleringen innebærer at oppdragsgiver fraskriver seg alt ansvar for de opplysninger som er gitt angående grunnforholdene.

Pkt. 8.2.2 er erstattet av et eget punkt og inneholder formuleringer som synes å begrense totalentreprenørens muligheter for å påberope seg uvitenhet som unnskyldningsgrunn for uventet vanskelige grunnforhold:

”Byggeområdet er angitt i kontraktsdokumentene. Totalentreprenøren har gjennom befaringer og på annen måte vurdert grunnforholdene inngående. Han erklærer seg kjent med disse og påtar seg derfor risikoen for forhold som tomtens beskaffenhet, massebalanse, fundamenteringsforhold, vannulemper, tilknytningsproblematikk og trafikkproblemer.”

Ved å foreta en opplisting av forhold som totalentreprenøren *"erklærer seg kjent med og påtar seg risikoen for"* innskrenker oppdragsgiver i realiteten totalentreprenørens mulighet til å påberope seg noen av de nevnte forhold som uforutsette forhold han ikke burde ha tatt i betraktning. Nettopp dette at oppdragsgiver har spesifisert disse tingene anses som at han har gitt totalentreprenøren en oppfordring til å kontrollere nettopp disse tingene. Disse formuleringene skyver dermed totalentreprenørens forpliktelse i retning av å være en resultatforpliktelse også for dette henseendet.

5.2.3.e Totalentreprenørens forpliktelse for grunnforholdene etter NS 8407

Parallelt med denne avhandlingens tilblivelse foregår en omfattende revisjon av NS 3431 i forbindelse med omlegging til ny NS 8407. I denne revisjonsprosessen er totalentreprenørens risiko for grunnforholdene et av punktene som ser ut til å bli gjort til gjenstand for endringer.

I et utkast undertegnede er blitt forelagt, er risikoen for forhold ved grunnen regulert i et nytt pkt. 23. Pkt. 23.1 vil om det blir vedtatt slik det står erstatte det nåværende pkt. 8.2.2 og lyde:

"Byggherren har risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å kalkulere med ved utarbeidelsen av tilbudet."

Den nye formuleringen skiller seg ikke ubetydelig fra den gamle på et par punkter. Først og fremst er formuleringen gjort med utgangspunkt i at oppdragsgiver har risikoen for uforutsette grunnforhold dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å kalkulere med, hvilket innebærer at totalentreprenøren ikke lenger har bevisbyrden for å godtgjøre sin aktsomhet. Videre listes det i tredje ledd opp hvilke undersøkelser totalentreprenøren plikter å foreta i forbindelse med inngivelsen av sitt tilbud. Denne oppstillingen inkluderer en aktsom besiktigelse av byggeområdet og dets omgivelser, innhenting av foreliggende opplysninger om forurensning, geologiske og geotekniske funn m.m. samt innhenting av opplysninger om kabler og rørføringer fra offentlige etater. Det at

det foretas en slik opplisting innebærer at det settes konkrete krav til *prosessen og fremgangsmåten* totalentreprenøren skal benytte seg av ved kalkulasjonen. Har han fulgt disse prosesskravene og tatt til etterretning den informasjon som er kommet fram gjennom disse skrittene, må det antas at han har oppfylt sin forpliktelse for grunnforholdene. At forpliktelsen er betinget av objektive prosesskrav er karakteristisk for innsatsforpliktelsen, og ved denne revisjonen synes det som om partene er enige om at totalentreprenøren *ikke* har en resultatforpliktelse som omfatter grunnforholdene.

Avtalte avvik fra standardens regler som nevnt overfor har vært mye brukt og har forverret totalentreprenørens situasjon i forhold til risiko for grunnforhold.⁶² For å minimere bruken av slike egenfattede klausuler, synes det å kunne bli innforhandlet en klausul om avtalt plassering av risikoen for grunnforhold i NS 8407 pkt. 23.2. Det foreløpige utkastet benytter følgende formulering:

”Dersom det er avtalt at totalentreprenøren har risikoen for forhold ved grunnen, kan totalentreprenøren likevel påberope seg at forholdene er vesentlig dårligere enn det totalentreprenøren hadde grunn til å kalkulere med basert på reglene i 23.1. (...)”

Denne passusen innebærer at avtaleklausuler som de tidligere nevnte, ikke vil stå seg som en total risikooverføring, men må innfortolkes en begrensning for de tilfeller der forholdene er *vesentlig* dårligere enn antatt. Det er på det rene at Norsk Standard ikke er lov, og at den bare binder de parter som har forhandlet den fram. Selv om partene skulle være enige om å anvende NS 8407, medfører prinsippet om full avtalefrihet at de fortsatt har anledning til å foreta slike totale risikooverføringer, men at disse da må være forbilledlig klart formulert for å få gjennomslag.

⁶² Se pkt. 5.2.3.d

5.3 Klimatiske forhold

5.3.1 Innledning

Klimatiske forhold er av karakter meget dynamiske og kan være vanskelige å ta i betraktning. Variasjonene i de ulike kategorier værforhold, som nedbørsmengder, temperatur og vindstyrke, kan by på utallige kombinasjoner som alle vil kunne påvirke det ferdige byggeprosjektet på ulike måter. Byggets påkrevde motstandsdyktighet mot klimapåkjenninger er i stor grad regulert i lastberegningsstandarder inndelt etter ulike soner av landet.⁶³

At kontraktarbeidet skal passe også for de klimatiske forhold på byggestedet, kan innfortolkes i flere av standardenes bestemmelser og følger også av bakgrunnsretten. For totalentreprenørens vedkommende skal kontraktarbeidet passe til oppdragsgivers formål, jf NS 3431 pkt. 11.2. Pkt. 8.1, 2. ledd gir at

”totalentreprenøren har risikoen for lokale forhold av betydning for gjennomføringen av oppdraget som han kunne ha skaffet seg opplysninger om ved besiktigelse av byggeområdet, kontakt med de kommunale myndigheter o.l.”.

Norsk Standard som vedrører klimapåkjenninger er gjort til del av avtalen mellom oppdragsgiver og totalentreprenør gjennom NS 3431 pkt. 12.3, 1. ledd. Det er også en sterk presumsjon for at rådgiver bør forholde seg til nevnte standarder for å oppfylle sin innsatsforpliktelse på en faglig forsvarlig måte, jf pkt. 5.3.3 nedenfor.

At realdebitorer til en viss grad må ta hensyn til de *nåværende* klimatiske forhold, er ikke tvilsomt. Spørsmålet er imidlertid hvor langt denne forpliktelsen strekker seg, og hvem som skal bære risikoen for at klimaforholdene eventuelt viser seg å bli verre enn opprinnelig

⁶³ Jf NS 3490, NS 3491-1 m.fl.

antatt. Videre er et aktuelt spørsmål om realdebitorenes forpliktelser tilsier at de også må ta hensyn til potensielle, mer eller mindre sannsynlige klimaendringer i byggets levetid. I det følgende skal disse problemstillinger undersøkes.

5.3.2 Nåværende klimatiske forhold

Det er rimelig klart at rådgivers ytelse - for å være kontraktsmessig - må utføres i henhold til gjeldende Norsk Standard også i forhold til prosjektering av klimabestandige bygg. For totalentreprenørens del, er det i NS 3431 kontraktfestet at prosjekteringsytelsen skal tilfredsstillende gjeldende Norsk Standard.⁶⁴ Etter dette utgangspunkt ser det ut til at avstanden mellom rådgiver- og totalentreprenørforpliktelsen her ikke er stor. Spørsmålet som skal undersøkes i det følgende er hvorvidt totalentreprenøren må anses å ha påtatt seg en forpliktelse som går videre enn Norsk Standard, og som er av en strengere karakter enn rådgiverforpliktelsen.

For å undersøke dette må det sondres mellom prosjekteringsfeil som oppstår som følge av ekstremhendelser som har karakter av naturkatastrofe eller sabotasje og feil som oppstår som følge av at de klimatiske forhold på stedet er verre enn det realdebitor regnet med på prosjekteringstidspunktet.

5.3.2.a Ekstremhendelser; naturkatastrofer og sabotasje

For både totalentreprenør og rådgiver må det trekkes en øvre grense for deres forpliktelser i forhold til prosjekteringsfeil som oppstår som følge av ekstremhendelser, som regulært anses ikke å tilligge realdebitor. Med ekstremhendelser menes her både ekstreme værforhold og naturkatastrofer som det ikke var naturlig å regne med på prosjekteringstidspunktet og mer sabotasjeliknende tilfeller. Av førstnevnte gruppe kan eksempler som skred- og rastilfeller, jordskjelv, vulkanutbrudd, tsunamier og unormalt sterke stormer, nevnes. Sabotasje kan skje i form av terrorangrep, eksempelvis av typen

⁶⁴ Jf NS 3431 pkt. 12.3, 1. ledd

verden ble vitne til 11. september 2001 da World Trade Center-bygningene kollapset. Andre tilfeller som kan rubriseres som sabotasje kan være ulike krigshandlinger som eksempelvis bombeangrep. Felles for ekstremhendelsene er at de er av en ekstraordinær karakter og var upåregnelige for realdebitor på det tidspunkt han utførte prosjekteringen.

For rådgiverens del er det utvilsomt at han ikke har risikoen for slike ekstremhendelser. Det følger direkte av hans innsatsforpliktelse at hendelser han verken kunne ha forutsett eller avverget ved alternative handlingsmåter, ikke kan legges ham til last.

For totalentreprenørens del er det inntatt et katastrofeunntak i NS 3431 pkt. 20.2 som lyder:

”Blir kontraktarbeidet eller materialer beskadiget på grunn av ekstraordinære og upåregnelige omstendigheter som krig, opprør, naturkatastrofe m.m. skal totalentreprenøren likevel ha fullt betalt for det som er utført og levert. Det samme gjelder når slike omstendigheter umuliggjør ferdigstillelse i lengre tid.”.

Etter overnevnte hendelse 11.september 2001, oppstod det spørsmål om hvorvidt ”Twin Towers” burde vært prosjektert på en slik måte at de var motstandsdyktige mot angrep av denne typen. Til tross for at det i en ideell verden kun ville eksistert bygg som ivaretok brukernes sikkerhet på en optimal måte, må det utvilsomt trekkes en grense for hvilke krav som stilles til realdebitorenes fantasi hva gjelder mulige hendelser bygget kan bli utsatt for. Etter hendelser som denne, etableres erfaringsgrunnlag som gjør det mulig å for fremtiden ta høyde for tidligere ukjente risikomomenter. Allikevel må det trekkes en grense for hvilke forholdsregler realdebitor kan forventes å ta med hensyn til disse tiltakenes kostnader.

Det må være på det rene at totalentreprenøren etter dette ikke har påtatt seg noen annen eller strengere forpliktelse for ekstremhendelsene enn rådgiveren.

5.3.2.b Uventet vanskelige klimaforhold

Dersom de klimatiske forhold på byggestedet viser seg å være generelt vanskeligere enn realdebitor regnet med da bygget ble prosjektert, oppstår spørsmål om hvem som skal ha risikoen for dette, og om det her kan være forskjeller mellom rådgiver og totalentreprenørs forpliktelser.

For rådgiverens del må det foretas en konkret vurdering av hvorvidt han har tatt de nødvendige skritt for å ta rede på og hensynta stedlige klimatiske forhold. Som redegjort for i pkt. 3.2 overfor, vil vurderingen av hans faglige ytelse regulært være streng. Dette innebærer at han trolig ikke kan høres med ikke å ha hensyntatt Norsk Standard hva gjelder lastberegninger. Lastberegninger er en meget sentral del av prosjekteringsytelsen for den aktuelle rådgiver og manglende eller feilaktige beregninger på dette området kan medføre personskafer så vel som økonomiske tap i form av skader på bygget. Risikoen for personskafe vil bidra til å skjerpe vurderingen av rådgiverens ytelse. Det er imidlertid rimelig klart at hans forpliktelse ikke strekker seg lengre enn hva som kan kreves av ham etter Norsk Standard og alminnelige normer i bransjen for øvrig. I det følgende skal det imidlertid vurderes hvorvidt det samme kan sies for totalentreprenøren, eller om bedømmelsen for hans del må sies å være strengere.

Dersom man har som utgangspunkt at totalentreprenøren har en resultatforpliktelse for prosjekteringsytelsen, vil dette medføre at bygget skal kunne motstå ethvert klimatisk forhold, med unntak av de som kan kategoriseres som ekstremhendelser. At totalentreprenøren skal ha påtatt seg en resultatforpliktelse som omfatter alle sider ved vurderingen av klimapåkjennningene på byggestedet, vil innebære at bygget må kunne tåle alle, mer eller mindre forutsigbare, kombinasjoner av vær- og klimapåkjenninger og vil således være en *massiv risiko* å påta seg. En slik vurdering av hans forpliktelse vil både innebære at han løper en betydelig risiko for at oppdraget han påtok seg ikke vil være lønnsomt, samt at alle oppdrag han påtar seg ville kunne innebære en potensiell ruin for hans foretak.

Et eksempel hvor grensen for totalentreprenørens forpliktelse med henhold til byggets bestandighet mot klimatiske forhold ble trukket opp, var LH-2007-102419 (Hammerfest flerbrukshall). Dommen er tidligere omtalt i pkt. 3.3.2.1 overfor. Lagmannsretten kommenterer først forholdet til NS 3490 om krav til konstruksjoner, snølaststandarden NS 3491-3 og vindlaststadarden NS 3491-4, og konkluderer med at flerbrukshallen er prosjektert slik at den tåler den lokale, vertikale snølasten og horisontale vindlasten som gjelder for Hammerfest kommune etter gjeldende standard. Videre kommenterer domstolen at horisontale krefter fra fallende snølaster ikke er omtalt i NS 3491-3. Deretter ser retten hen til de lokale forhold og uttaler følgende:

”Det siste spørsmålet er om det var slike særlige, lokale forhold i Hammerfest av betydning for prosjekteringen som Lønnheim Entreprenør AS kunne ha skaffet seg opplysninger om ved besiktigelse eller med kontakt med de kommunale myndigheter, jf NS 3431 punkt 8.1, 2. ledd. Entreprenørens plikt til å skaffe seg kunnskap om lokale forhold, må tolkes i sammenheng med punkt 8.1, 1. ledd om oppdragsgiverens opplysningsplikt. Hammerfest kommune har forklart at det ikke var noen særegne klimatiske forhold på byggestedet. Det er kjent og akseptert at Hammerfest er både vind- og snøutsatt, og dette er hensyntatt i de standarder som beskriver lastberegninger for snø og vind. Slik saken er opplyst for lagmannsretten, kan det ikke finnes bevist at Lønnheim Entreprenør AS ville ha fått noen annen og mer utfyllende kunnskap om de stedlige klimatiske forhold enn de selv har forklart de var kjent med. (...) Lagmannsretten kan ikke finne bevist at Lønnheim Entreprenør AS for øvrig, og ut fra en risikoavveining etter punkt 8.1, burde eller kunne ha skaffet seg kunnskap som betydde økt aktsomhet ved prosjekteringen hva angikk horisontale krefter av snø.”.

I tilfellet Hammerfest flerbrukshall fant retten at det ikke forelå noen mangel ved kontraktarbeidet til tross for de omfattende skader snølasten hadde forårsaket på bygget. Dette ble begrunnet ut i fra synspunkter om utviklingsrisiko, samt at totalentreprenøren hadde tilfredsstilt samtlige krav som fulgte av Norsk Standard. At retten kom til at det ikke

forelå noen mangel etter dette, kan sees som et utslag av at de standardiserte regler sees som et uttrykk for hva bransjen anser å være optimal ytelse. At totalentreprenøren skulle pålegges risiko for forhold som ikke avverges av at de standardiserte regler og øvrige bransjenormer er oppfylt, ville innebære at han ville måttet prosjektere bygg som var mer solide enn det som i majoriteten av kontraktene ville være nødvendig. En slik ”overoppfyllelse” ville fordyre byggeprosjektet unødig, og ville være uhensiktsmessig for både oppdragsgiver og totalentreprenør. Dette er derfor et viktig argument for å anse de standardiserte regler som en øvre grense også for totalentreprenørens forpliktelse.

I den overfor siterte rettsavgjørelsen var tilfellet at mangelen oppstod på et felt hvor det ikke var oppstilt krav i standarden. Avgjørelsen demonstrerer en tilbøyelighet til å se totalentreprenørens forpliktelse med hensyn de klimatiske forhold som begrenset av en vurdering av hva som anses som en tilstrekkelig god faglig ytelse. Dersom han har fulgt Norsk Standard i sin prosjektering, er det svært tvilsomt at hans forpliktelse skal strekke seg noe lenger enn dette.

Dette synes som et punkt hvor totalentreprenørens forpliktelse har en øvre grense, både i forhold til tilfeller som kan rubiseres som reell utviklingsrisiko, men også i forhold til rimelighet. Slik utviklingsrisikoen er beskrevet overfor i pkt. 3.3.2.1 synes det å være en gråsone som rommer tilfeller som ikke kan bedømmes som utviklingsrisiko, men hvor det foreligger en prosjekteringsfeil som det ut i fra NS 3431, forholdet mellom partene og reelle hensyn for øvrig, kan synes urimelig å tillegge totalentreprenøren som en resultatforpliktelse, ettersom han har oppfylt etter en faglig god norm.

Som for ekstremhendelsene, synes det heller ikke for disse tilfellene å være store forskjeller mellom rådgiver og totalentreprenørs forpliktelse. Diskrepansen ved denne del av prosjekteringsytelsen synes å være mindre enn det tilfellet er for eksempelvis risikoplasseringen av uheldige materialvalg.⁶⁵ Allikevel synes totalentreprenørens

⁶⁵ Se pkt. 4.4.

forpliktelse ved uventet vanskelige klimaforhold noe strengere enn den gjør for uventet dårlige grunnforhold, hvor han er gitt en nevneverdig unnskyldningsmulighet ved forhold han ikke burde ha oppdaget eller tatt i betraktning.⁶⁶ *Realpolitisk* har dette gode grunner for seg, i og med at totalentreprenørens *mulighet* til å prosjektere et bygg som har den nødvendige motstandsdyktighet mot de stedlige klimatiske forhold er bedre enn hans mulighet til å ha fullstendig oversikt over grunnforholdene på prosjekteringsstadiet.

5.3.3 Klimaendringer i byggets levetid

I motsetning til de på prosjekteringstidens eksisterende klimaforhold, er det langt mer tvilsomt i hvilken grad realdebitor plikter å hensynta eventuelle klimaendringer i byggets levetid. Vi lever i en tid hvor klima- og miljøfokus er sterkt, og parallelt med at det forskes på sannsynlige klimascenarier de kommende 100 år, øker fokuset på miljøvennlige bygg i form av lang levetid og tilpasningsdyktige bygg. I henhold til rådgiver- og totalentreprisestandarden gjelder en reklamasjonstid på henholdsvis 5 og 3 år. Til tross for at det later til at reklamasjonstiden i forbindelse med revisjonen av NS 3431 ser ut til å bli forlenget til 5 år, snakker vi uansett om et tidsrom som presumptivt er for kort til å observere klimaendringer slik vår persepsjon av begrepet er i dag. Imidlertid kan spørsmålene fruktbart drøftes på hypotetisk grunnlag, ettersom det er sannsynlig at de vil få økt grad av oppmerksomhet også i tiårene som kommer.

Det kan argumenteres for synspunkt som tilsier en strengere vurdering av rådgiver. Som spesialist kan det tenkes at rådgiver i større grad enn totalentreprenøren vil være linket opp til den faglig akademiske forskningsfronten. Imidlertid kan det argumenteres også for det motsatte syn, at totalentreprenøren som har påtatt seg en helhetlig og mer vidtrekkende forpliktelse, bør ha et mer vidtrekkende ansvar også på dette punkt.

Til tross for at hensyntaken av fremtidige klimaendringer ikke er nedfelt i noen av de her behandlede standardene, kan det være samfunnsøkonomiske og politiske argumenter som

⁶⁶ Jf pkt. 5.2.3

taler for at nye bygg burde prosjekteres med en sikkerhetsmargin i forhold til vår manglende kunnskap på dette området, slik at byggets levetid blir så lang som mulig.

5.4 Materialer

5.4.1 Innledning

Feil ved prosjekteringen av materialbruk kan manifestere seg på ulike måter, og de materialrelaterte prosjekteringsfeilene er en uensartet gruppe mangelstilfeller med tilsvarende ulike årsaksforklaringer. Problemstillingen som skal belyses i det følgende er hvorvidt totalentreprenørens forpliktelse for materialprosjektering går videre enn rådgiverforpliktelsen, og således er av typen resultatforpliktelse.

Når risiko for materialrelaterte feil skal drøftes, må det foretas en grensedragning mellom *materialvalg som har karakter av prosjektering* og *rene materialfeil*. Rene materialfeil foreligger når det hefter feil ved de valgte materialene som sådan, typisk produksjonsfeil. Materialfeilene skyldes ikke valg truffet som ledd i prosjekteringen, og må sees adskilt fra *prosjektering av materialbruk* som er temaet for den videre drøftelsen.

5.4.2 Rådgiverens forpliktelse ved materialrelaterte prosjekteringsfeil

Tradisjonelt har materialrelaterte prosjekteringsfeil, som følge av at de tilhører en meget sentral del av kontraktarbeidet, vært bedømt etter en streng vurdering for både rådgiver og totalentreprenør. Det knytter seg imidlertid en del særegne forhold til rådgiverens forpliktelse for materialvalgene.

Først og fremst må det nevnes at i motsetning til totalentreprenøren, er det ikke alltid rådgiveren gir anvisninger på konkret hvilket produkt som skal benyttes. Det angis ofte bare materialtype, kvalitet eller –egenskaper. For entrepriser med offentlig oppdragsgiver følger det av Forskrift for offentlig anskaffelse (heretter FOA.) § 8-3, 4. ledd jf § 17-3-10 at det vanligvis ikke skal spesifiseres noe *bestemt merke, en bestemt opprinnelse, en*

bestemt prosess, varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes.

En annen sentral ulikhet er honoreringsmodellen. Rådgiveren honoreres, ulikt totalentreprenøren, løstrevet fra prosjektets budsjett. Dette fører til at han ikke har det samme incentivet som totalentreprenøren til å velge rimelige løsninger, og vil generelt ha en oppfordring til å velge velprøvde materialløsninger i den grad han spesifiserer dem. En faglig forsvarlig handlemåte vil for rådgiveren her være å prosjektere med materialer som er av normalt god kvalitet, som forutsetningsvis verken påfører oppdragsgiver vanskeligheter med senere materialfeil eller unødvendig høye materialkostnader.

Et eksempel fra rettspraksis der rådgiver ble ansett å ha risikoen for prosjekteringsfeil ved materialanvendelsen er LG-2004-77251, hvor arkitektfirmaet hadde prosjektert med bruk av naturstein i borggården på en ny kirke på Sotra. Det viste seg at steinen ikke var frostsikker, slik at det oppstod skader på denne i forbindelse med fukt i kombinasjon med frost. Arkitekten ble i dette tilfellet, sammen med den norske leverandøren, under dissens ilagt ansvar for denne prosjekteringsfeilen. Det må antas at det stilles relativt strenge krav til rådgiverens vurdering av materialenes egnethet, og i dette tilfellet var dette særlig aktuelt ettersom oppdragsgiver stilte spørsmålstegn nettopp ved steinens frostsikkerhet, og rådgiver anbefalte bruken på bakgrunn av garanti fra leverandøren. Det fremgår av domspremissene at arkitektfirmaet baserte seg på leverandørens uttalelser, og ikke foretok noen selvstendig vurdering av steinens vannabsorpsjonsegenskaper i forhold til mulige frostskaider.

Det er dog ikke utenkelig at bedømmelsen av arkitektfirmaet kunne fått et annet utfall om de hadde foretatt selvstendige undersøkelser, men konkludert feilaktig med at steinen var anvendbar, ettersom det kan synes mer uaktsomt å unnlate å foreta selvstendige undersøkelser enn å gjøre faglige feilvurderinger.

Et annet konkret eksempel på et slikt tilfelle der det prosjekterte materialet ikke passet til det egnede formålet er en sak fra dansk rett, i KFE 1987.171 VBA, hvor et arkitektfirma hadde prosjektert et bygg med ”Corten-plater” som tidligere var mest brukt til tak, på fasadene. Måten disse platene var prosjektert brukt på førte til at vann trakk inn bak platene slik at disse gikk i stykker. Arkitektfirmaet ble her ilagt ansvar, da den nye bruken av platene på fasader i stedet for tak, nødvendiggjorde en særlig aktsomhet i oppsettingen, ettersom det forelå begrenset erfaring med denne nye bruken. Av dette kan det synes som om rådgiverens risiko øker med graden av detaljering han forestår. I det overnevnte tilfellet kunne rådgiverens forhold blitt bedømt annerledes ut i fra hvordan man anså hans faglige innsats for å nå det ønskede målet. At en totalentreprenør i dette tilfellet ville hatt risikoen for den oppståtte mangel, er ikke tvilsomt. For rådgiveren vil det må vurderes konkret om han hans ytelse er tilfredsstillende for å unngå risikopådragelse.

De materialrelaterte prosjekteringsfeil er et område hvor differansen mellom en innsats- og en resultatforpliktelse kan komme merkbart til syne. For rådgiverens vedkommende stilles det strenge krav til hans faglige kunnskaper, men det er ikke en ufeilbarlig rådgiver som er malen for vurderingen av hvorvidt hans innsats har vært egnet til å oppnå det avtalte resultatet. Når det gjelder nye tekniske løsninger og nye materialer, fremhever Sandvik at det i forhold til andre deler av prosjekteringsytelsen muligens må praktiseres en noe mildere norm for rådgiveren, særlig med tanke på bedømmelsen av oversette risikomomenter.⁶⁷ Nye materialer kan være anerkjent av bransjen, men allikevel være såpass uprøvde at det er knyttet begrenset erfaringsmateriale til dem. Rådgiveren har krav på å bli bedømt ut i fra hvilken kunnskap han hadde tilgjengelig på tidspunktet for prosjekteringen. I en situasjon der et nytt materiale viser seg å ha andre egenskaper enn de det var grunn til å regne med, kan dette være unnskyldelig for rådgiveren. I disse tilfellene vil det foretas en konkret vurdering hvor rådgiveren anses å ha oppfylt sin innsatsforpliktelse dersom hans vurdering av materialbruken var å anse faglig forsvarlig i henhold til bransjens praksis.

⁶⁷ Sandvik (1975) s. 19

Dersom det prosjekteres med materialer som senere viser seg å være *absolutt uanvendelige* fordi de for eksempel inneholder stoffer som er skadelige for mennesker, må det antakelig stilles meget strenge krav til rådgivers aktsomme undersøkelse av materialet i forkant av prosjekteringen, for at han ikke skal ha risikoen for dette, dersom han selv har foreslått det benyttet. Når skadepotensialet også inkluderer mulighet for personskader, økes kravet til realdebitors aktsomhet. Antakelig må det kreves at det var nærmest *helt uforutsigbart* at materialet skulle ha disse skadelige egenskapene dersom rådgiver ikke skal ha risikoen for merkostnader ved bruk av absolutt uanvendelige materialer.

5.4.3 Totalentreprenørens forpliktelse for de materialrelaterte prosjekteringsfeil

Totalentreprenøren besitter selv en betydelig fagkompetanse og velger derfor ofte å kjøpe inn rådgivningstjenester med en lavere detaljeringsgrad enn det typisk er behov for i andre entrepriseformer der oppdragsgiver selv kontraherer rådgiverne. For totalentreprenøren kan det være hensiktsmessig at flere detaljer løses under medvirkning av hans egne fagfolk, gjerne ute på byggeplassene. Dette bidrar til en utvisking av grensen mellom prosjektering og utførelse, nettopp fordi det ikke har noen hensikt for totalentreprenøren å ha strukturelt vanntette skott mellom disse fasene. Slik kan en del materialrelaterte prosjekteringsfeil oppstå som en følge av avgjørelser gjort på byggeplassen. I den kommende drøftelsen holdes fokus på prosjekteringsfeil som skyldes valg med karakter av prosjektering.

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er hvorvidt en totalentreprenør som har opptrådt faglig forsvarlig og levert i tråd med alminnelig bransjepraksis, bærer risikoen for at det ønskede resultat allikevel ikke oppnås.

For å etablere i hvilken grad totalentreprenøren har risikoen for materialrelaterte prosjekteringsfeil, må det nærmere innholdet av hans forpliktelse fastlegges. Slik flyter spørsmålet om kontraktsmessighet til en viss grad over i risikovurderingen i de kommende avsnittene.

I henhold til NS 3431 pkt. 11.1, 1. ledd har totalentreprenøren, innenfor det som er avtalt mellom partene, en utstrakt valgfrihet med henhold til materialvalg. Er ikke materialkvaliteten spesifisert av oppdragsgiver, skal den i henhold til analogiregelen i 12.2 være av samme standard som andre spesifiserte deler det er naturlig å sammenligne med. Både bakgrunnsretten og standardens pkt. 12.1-12.3 setter skranker for hva som anses som kontraktsmessig oppfyllelse. Etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper har oppdragsgiver krav på ”vanlig god vare”. Det er videre på det rene at materialvalgene må være i samsvar med gjeldende offentlig- og privatrettslige normer, og pkt. 12.3, 2. ledd regulerer også at kontraktarbeidet skal være ”*nøyaktig, solid og fagmessig utført*”. Dette gjelder både for utførelsen av prosjekteringsoppgavene så vel som oppføringen av selve bygget. Dersom det ikke er angitt kvalitetskrav til materialer i kontrakten, skal kvalitetskrav som er vanlige for tilsvarende arbeider gjelde, jf pkt. 12.3, 3. ledd.

Nettopp totalentreprenørens vidstrakte valgfrihet er blant oppdragsgivers utfordringer ved bruk av totalentreprise som kontraktsform. Han må selv sørge for å spesifisere materialkvalitet og løsningsvalg på en måte som innskrenker totalentreprenørens valgmulighet om han ønsker å unngå gitte materialløsninger. På den annen side vil totalentreprenøren rimeligvis også prise sin ytelse i henhold til den valgfrihet han gis og hvilken lønnsomhet det gitte budsjett innebærer.

Vagner skriver om generell og konkret uanvendelighet ved et materiale.⁶⁸ Den generelle uanvendeligheten er der selve materialet er beheftet med feil, altså det som overfor er kalt materialfeil.⁶⁹ *Konkret uanvendelighet* ved et materiale kan sies å foreligge når materialfeilen som oppstår ikke skyldes selve materialet det er prosjektert med, men at materialet ikke egner seg til det *formålet* det er prosjektert til. Dette kan vise seg ved at materialet ikke egner seg til å oppfylle de tiltenkte funksjoner eller at det prosjekterte materialet i kombinasjon med andre materialer gir uheldige resultater.

⁶⁸ Vagner (2005) s. 170 flg.

⁶⁹ Se pkt. 5.4.1

Dersom en totalentreprenør prosjekterer med et materiale som ikke egner seg til å tjene de prosjekterte funksjoner, er det rimelig klart at hans forpliktelse innebefatter at dette utløser en objektiv utbedringsplikt for ham. Dette har sammenheng med at valg av materialer er en meget sentral del av totalentreprenørens ytelse. Begge eksemplene som er nevnt under rådgiverens forpliktelse for materialprosjekteringen kan her tjene som illustrasjoner på tilfeller hvor også totalentreprenør utvilsomt ville hatt risikoen for de oppståtte prosjekteringsfeil.⁷⁰ Et annet eksempel er de utallige prosjekteringsfeil som oppstod i forbindelse med flytesparkel (avrettingsmasse for betonggulv) tilsatt melkeprotein kasein. I perioden 1977-1983 ble det i Skandinavia omsatt store mengder av denne typen flytesparkel. Tilsetningsstoffet kasein ble primært benyttet for å forbedre avrettingsmassens selvnivellerende egenskaper. Det viste seg etter hvert at kaseinet ble nedbrutt når det ble utsatt for alkalisk fuktighet. Under nedbrytningsprosessen ble det dannet flyktige organiske forbindelser, blant annet ammoniakk. Mange mennesker som flyttet inn i hus hvor denne typen flytesparkel var brukt, opplevde å få luftveisplager og slimhinneirritasjoner. Man regner med at 10-15 millioner m² gulv i Sverige ble belagt med flytesparkel av denne typen i løpet av disse årene. I ca. 5% av svenske bygninger der dette materialet ble benyttet har det i ettertid oppstått problemer i form av helseplager, misfargede parkettgulv og ubehagelig lukt. Undersøkelser har vist at kaseinholdig flytesparkel avgir ammoniakk dersom den utsettes for høyere relativ fuktighet enn 75%. Skadene har ført til at kaseinholdige sparkelmasser nå er forbudt i Sverige. I Norge har det ikke vært registrert skadetilfeller i samme omfang til tross for at kaseinholdige flytesparkler også ble benyttet her. Det antas at årsaken er at vi i Norge i disse årene benyttet en annen konstruksjonsmetode der diffusjonssperre var vanlig i gulv på grunn. I Norge er kaseinholdig sparkelmasse fortsatt i salg i begrenset omfang.⁷¹

⁷⁰ Se pkt. 5.4.2

⁷¹ Blom et al. (2008)

Mer diskutabelt er tilfellene der prosjekteringsfeil oppstår etter kombinasjoner av materialer som hver for seg er gode nok, men som sammen ikke fungerer på tiltenkt måte. Disse problemstillingene er langt fra upraktiske. Et eksempel på dette er såkalt *galvanisk korrosjon*, altså når to forskjellige metaller kommer i kontakt med hverandre under tilstedeværelse av en elektrolytt, for eksempel i fuktig klima. Korrosjonen kan gi dramatiske effekter. Aluminium og rustfritt stål er eksempler på to materialer som hver for seg har utmerket korrosjonsbestandighet. Dersom en aluminiumskonstruksjon, være seg eksempelvis et fasadeelement eller et balkongrekkverk, monteres med skruer i rustfritt stål, vil aluminiumet tæres opp i løpet av forholdsvis kort tid og skrueforbindelsene vil falle fra hverandre. Fenomenet galvanisk korrosjon bidrar også til skader på beslag og fasader. Spesielt problematiske materialkombinasjoner er her kobber og sink, kobber og aluminium og aluminium og stål. På en fasade kan rennende vann fra et edelt metall, for eksempel kobber, nedover et uedelt metall, eksempelvis sink, gi sjenerende korrosjonsstriper.⁷² Uheldige konsekvenser av kombinasjoner kan være mer eller mindre kjente og forutsigbare. På dette området vil det være en praktisk forskjell mellom rådgiver og totalentreprenør i det at totalentreprenøren vil ha en helhetlig oversikt over materialanvendelsen, mens rådgiveren i større grad forestår sin ytelse isolert fra de øvrige prosjekterende.

Totalentreprenørens forpliktelse vil i slike kombinasjonstilfeller regulært måtte innebære at det utløses en objektiv utbedringsplikt. En øvre grense for hans forpliktelse må muligens imidlertid trekkes mot de tilfeller hvor kombinasjonens uheldige egenskaper var så vidt uforutsigbare på at forholdet må anses som en utviklingsrisikosituasjon. Som behandlet i pkt. 3.3.2 overfor om utviklingsrisikoen, er det ikke nødvendigvis gitt at en rubrering av prosjekteringsfeilen som en utviklingsfeil innebærer ansvarsfrihet for totalentreprenøren, men det kan ikke utelukkes.

⁷² Geving (2009)

For de konkrete uanvendelighetstilfeller er det rimelig klart at totalentreprenøren vil ha risikoen for de oppståtte prosjekteringsfeil.

Prosjekterer totalentreprenøren med materialer som viser seg å være *absolutt uanvendelige*, må det være på det rene at han vil ha en ubetinget utbedringsplikt, med mindre feilen kan rubriseres som utviklingsfeil.^{73 74}

I motsetning til grunnforhold og klimaforhold som begge fremstår som gitte forutsetninger totalentreprenøren må forholde seg til slik de forekommer, er materialvalg et område hvor totalentreprenøren i enda større grad har de nødvendige forutsetninger til selv å påvirke prosjektet. Nettopp denne kontroll- og påvirkningsmuligheten rimelig- og muliggjør hans resultatforpliktelse for materialprosjekteringen, særlig om man innfortolker en modifikasjon fra dette utgangspunkt hva gjelder ekte utviklingsfeil.⁷⁵

⁷³ Se pkt. 5.4.2

⁷⁴ Se pkt. 4.2.2

⁷⁵ Se pkt. 5.4.2

6 Villfarelse om normene (rettsvillfarelse)

6.1 Innledning

Hagstrøm fremhever at en *effektiv beskyttelse av kontrakter og allmenne rettsregler* taler for et utgangspunkt hvor partene selv bærer risikoen for egen rettsoppfatning.⁷⁶ Det romerrettslige uttrykket ”*error juris semper nocet*” ble av romerske advokater brukt som begrep for en feil de sjelden fant unnskyldelig; rettsvillfarelse.⁷⁷ Imidlertid ble regelen praktisert noe mer løselig enn uttrykket skulle tilsi, og bedømmelsen var til en viss grad avhengig av hva som kunne forventes av subjektene normene rettet seg mot.⁷⁸ Dette gir assosiasjoner til innsatsforpliktelsene som beskrives i denne avhandlingens punkt 2.2. Også Hagstrøm skriver at rettsvillfarelse utvilsomt kan være unnskyldelig,⁷⁹ men fremhever i en fotnote at det motsatte naturligvis også kan være tilfelle.

Det ble innledningsvis i denne avhandlingen fastslått at det ikke kreves mer av rådgiveren enn at han skal prestere i henhold til en faglig forsvarlig bransjenorm.⁸⁰ Dette innebærer at det også for hans forpliktelse til å sørge for samsvar med rettslige normer, innfortolkes en culpabegrensning. Denne culpabegrensningen trer for rådgiverens del i forgrunnen av risikoplasseringsspørsmålet. Problemstillingen som skal belyses nedenunder, er i hvilke tilfeller rådgiveren kan høres med unnskyldningsgrunner for at rettslige normer som kommer til anvendelse på prosjektet, ikke er fulgt. Videre skal det vurderes om totalentreprenøren kan påberope seg noen av de samme unnskyldningsgrunnene.

⁷⁶ Hagstrøm (2004) s. 508

⁷⁷ Zimmermann (1996) s. 604

⁷⁸ Zimmermann (1996) s. 610

⁷⁹ Hagstrøm (2004) s. 508

⁸⁰ Se pkt. 2.2

6.2 Villfarelse om privatrettslige normer

6.2.1 Avtalespesifikke normer

NS 3431 pkt. 12.1 og NS 8401 pkt. 7.4, 3. ledd regulerer realdebitorenes forpliktelse for de avtalte krav, og NS 3431 pkt. 11.2 og NS 8401 pkt. 4.2.1, 1. ledd regulerer forpliktelsene for egnethet i forhold til oppdragsgivers formål med prosjektet.⁸¹

Det er i avhandlingens foregående deler fastslått at rådgiverens forpliktelse er av typen *innsatsforpliktelse* og at totalentreprenørens forpliktelse synes å ha elementer av en *resultatforpliktelse* som strekker seg lenger enn rådgiverens.⁸² De avtalte krav kan ha karakter både av *prosess-* og *resultatnormer*, og hvorvidt manglende oppfyllelse av disse kan være unnskyldelig, skal studeres i det følgende.

Det ble i avhandlingens del 3.2.1.a antatt at det er stor grad av sammenfall mellom rådgiver og totalentreprenørs forpliktelse i forhold til avtalte prosesskrav. Ettersom rådgiverens forpliktelse er av typen innsatsforpliktelse, er det naturlig at majoriteten av kravene som stilles til ham er objektive krav som er *rettet mot prosessen* han skal anvende for å nå målet. For at rådgiveren skal anses å ha oppfylt sin innsatsforpliktelse, må han på aktsomt vis ha oppfylt i henhold til en faglig forsvarlig handlingsnorm. Dersom han ikke har opptrådt i samsvar med prosesskrav som følger av avtalen med oppdragsgiver, innebærer dette regulært et kontraktsbrudd. Det samme gjelder totalentreprenørens forhold. Det kan vanskelig tenkes tilfeller hvor manglende tilfredsstillende av avtalte prosesskrav, være seg av administrativ eller faglig karakter, kan være unnskyldelig. Blant grunnene til dette kan

⁸¹ Se pkt. 3.2.1 flg.

⁸² Se kap. 2 og 3

det fremheves at realdebitorene *frivillig* har påtatt seg de avtalte prosesskravene, og må antas både å ha god tilgang og kjennskap til disse normene.

For totalentreprenørens del kan det drøftes hvorvidt han har en unnskyldningsgrunn for de tilfeller hvor han ikke har fulgt avtalte prosesskrav, men allikevel frembrakt det avtalte resultatet. Trolig må det i disse tilfellene sees hen til hvilke konsekvenser forsømmelsen av prosesskravet førte med seg. Dersom det ikke får videre konsekvenser for oppdragsgiver, kan dette være et tilfelle hvor totalentreprenøren har en unnskyldningsgrunn for manglende ivaretagelse av prosesskrav. Hvorvidt hans villfarelse om prosessen kan være unnskyldelig, må avgjøres i det enkelte tilfellet.

For funksjonskravene er det på det rene at rådgiveren ikke har noen forpliktelse til å rent faktisk *frembringe det ønskede resultat*, men kun *tilrettelegge* for at de avtalte krav og rammer kan overholdes⁸³. NS 8401 inneholder regler om risikoplassering ved uklarhet om forpliktelsens innhold. For prosjekteringskontrakter sluttet etter anbudskonkurranse, gjelder pkt. 4.2.3 om at *oppdragsgiver* bærer risikoen for uklarheter i anbudsgrunnlaget og for upresis angivelse av oppdragets innhold og omfang. Motsetningsvis gjelder pkt. 4.2.2 for prosjekteringskontrakter inngått etter forhandling, at *rådgiveren selv har risikoen for slik avklaring i de tilfeller der han ut fra forholdene burde ha forstått at slik avklaring var nødvendig*. Ettersom rådgiverens ytelse under enhver omstendighet er supplert av en culpabegrensning i NS 8401 pkt. 13.1, trer denne regelen om risikoplassering i bakgrunnen for culpavurderingen.

Det ble i pkt. 3.2.1 konkludert med at totalentreprenøren synes å ha en resultatforpliktelse for avtalte funksjonskrav, ettersom dette er en av de få måtene oppdragsgiver kan påvirke hans ytelse på. Det kan tenkes to vanlige typetilfeller av villfarelse om de avtalte krav; der uklarhet i kontrakten har ført til villfarelse og der kollisjon av to normer har brakt totalentreprenøren i villfarelse om hvilken norm han skulle følge.

⁸³ Jf NS 8401 pkt. 7.4, 3. ledd

Dersom funksjonskravets uklare formulering var årsaken til at totalentreprenøren var i villfarelse om sin forpliktelse, må det vurderes konkret hvem som skal ha risikoen for dette. Den *alminnelige avtalerettslige tolkningsregelen* om uklarhet innebærer at den parten som hadde ansvaret for å bringe klarhet i formuleringen, normalt må bære risikoen for den villfarelse som oppstod. Det må antas at det er naturlig å tillegge oppdragsgiver plikten til å formulere disse kravene så tydelig at det ikke er tvil om hvilken funksjon totalentreprenøren plikter å frembringe. Dersom totalentreprenøren skal være pålagt en resultatforpliktelse for et funksjonskrav, synes det rimelig at dette skal fremgå klart av kontrakten.

I kollisjonstilfellene kan det tenkes at totalentreprenøren forårsaker en prosjekteringsfeil fordi han er i villfarelse om *hvilken norm han skal oppfylle etter*. Dersom det å tilfredsstille et avtalt funksjonskrav kommer i konflikt med å oppfylle et annet krav i avtalen, må det sees hen til NS 3431 pkt. 4.2. Bestemmelsens 2. ledd lyder:

”Funksjonskrav og spesifiserte krav til utførelse, kvalitet eller merke i anbuds- eller tilbudsgrunnlaget gjelder foran løsninger eller konstruksjoner i anbudet eller tilbudet fra totalentreprenøren, med mindre totalentreprenøren har tatt uttrykkelig forbehold.”.

Dette er et unntak fra rekkefølgen som ellers følger av NS 3431 pkt. 4.2, 1. ledd jf pkt. 4.1, hvor totalentreprenørens anbud eller tilbud normalt har forrang for anbuds- eller tilbudsgrunnlaget. Dette illustrerer hvordan funksjonskravene er vurdert å være av stor betydning i totalentrepriser. NS 3431 pkt. 4.2, 3. ledd gir at spesielle regler går foran generelle, hvilket innebærer at konflikt mellom prosess- og funksjonskrav også innbyrdes i avtaledokumentet vil løses ved at et funksjonskrav gis forrang. Dette innebærer at totalentreprenøren heller ikke kan høres med en unnskyldning om at han var i villfarelse om sin forpliktelse på grunn av indre konflikt mellom konfliktens krav.

NS 3431 pkt. 37.1 regulerer hva som regnes som kontraktsbrudd i totalentreprise. Ettersom ordlyden i denne bestemmelsen er objektiv, vil totalentreprenøren for de klart formulerte funksjonskrav ha en resultatforpliktelse som innebærer at han lite trolig kan høres med at hans rettsvillfarelse om disse normene var unnskyldelig.

Når det gjelder realdebitorenes forpliktelse for egnethet i forhold til *oppdragsgivers formål* med prosjektet, er utgangspunktet at både rådgiveren og totalentreprenøren har en forpliktelse til å *hensynta* dette. Dette følger for rådgiveren av NS 8401 pkt. 4.2.1, 1. ledd og for totalentreprenøren av NS 3431 pkt. 11.2. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt det kan tenkes tilfeller der det at realdebitors ytelse ikke egner seg til oppdragsgivers formål, er unnskyldelig.

For rådgiverens del kan det fremheves at jo mer spesielt oppdragsgivers formål er, desto større oppfordring vil han ha til å spesifisere dette tydelig for rådgiveren i kontraktsdokumentene. På den annen side kan det fremheves at rådgiveren ofte vil arbeide tett med oppdragsgiver over lang tid, og dermed vil ha en sterk oppfordring til å bringe klarhet i hvilket formål oppdragsgiver har med bygget. Det må også sees hen til partenes profesjonalitet. Dersom det er snakk om en uerfaren oppdragsgiver som ikke kjenner til hvilken informasjon rådgiver behøver, er det naturlig å skjerpe kravene til rådgivers kartlegging av oppdragsgivers behov. Et praktisk eksempel fra det virkelige liv, var en bagasjeterminal på en flyplass. Bagasjemottaket var prosjektert med en rekke søyler stående rundt i rommet, hvilket forhindret en funksjonell bruk av bagasjetraller. Søylene medførte en klar svikt i forhold til oppdragsgivers formål med bygget, nemlig enkel og effektiv bagasjehåndtering. Dersom rådgiveren er *kjent med* at bygget skal nyttes til en spesiell form for virksomhet, må det kunne stilles ganske strenge krav til at han ivaretar slike grunnleggende egenskaper ved kontraktarbeidet.

NS 8401 pkt. 4.2.1, 1. ledd er et krav til prosessen rådgiveren skal benytte; han skal *hensynta* oppdragsgivers formål, så langt han *var eller burde vært kjent med dette*. Dette innebærer at han trolig kan høres med en unnskyldning om at han var i villfarelse om

oppdragsgivers formål, dersom han ikke kjente eller burde kjenne til dette. Kjenner han derimot oppdragsgivers formål, må det stilles relativt strenge krav til hans innsats for å tilrettelegge for den ønskede egnethet, jf NS 8401 pkt. 7.4, 3. ledd om avtalte krav til byggets egenskaper.

I det følgende vil jeg undersøke om det kan tenkes at totalentreprenøren kan tenkes å måtte høres med noen av de samme unnskyldningsgrunner som rådgiveren kan, i forhold til oppdragsgivers formål.

Slik formuleringen i NS 3431 pkt. 11.2 fremstår, skiller den seg på en del punkter fra den tilsvarende bestemmelse for rådgiveren. For det første er denne bestemmelsen formulert som en *pliktregel* for totalentreprenøren så framtidig han *var, eller måtte være kjent med* hvilke formål oppdragsgiver hadde med prosjektet. Dersom han måtte være kjent med formålet, utløses en resultatforpliktelse til å sørge for at bygget egner seg til tiltenkt bruk. Imidlertid er totalentreprenøren gitt en unnskyldningsgrunn i de tilfellene hvor han ikke kunne sies å *måtte* kjenne til formålet med prosjektet. Ordlyden ”*kjente eller måtte være kjent med*” synes noe mildere enn ordlyden i NS 8401 pkt. 4.2.1, 1. ledd, *var eller burde ha vært klar over*”. Dette har trolig sammenheng med at samsvar med oppdragsgivers formål for totalentreprenøren vil være en *resultatforpliktelse* dersom han kjenner til det, mens rådgivers forpliktelse uansett vil være begrenset i forhold til NS 8401 pkt. 13.1.

Det er vanskelig å tenke seg tilfeller der totalentreprenøren skal kunne høres med at han ikke kjente eller måtte kjenne til oppdragsgivers formål. Oppdragsgiver vil i de fleste tilfeller vil ha en betydelig egeninteresse i å sette totalentreprenøren inn i disse forholdene. Allikevel kan det ikke utelukkes at dette vil kunne komme på spissen, for eksempel dersom oppdragsgivers formål er meget uklart kommunisert til totalentreprenøren, eller fremstår som helt usannsynlig for ham. Som fremhevet i punkt 3.2.1 er oppdragsgivers formål å anse som vagt formulerte funksjonskrav, hvilket taler for at totalentreprenørens forpliktelse praktiseres strengt. Imidlertid må det her antas at han teoretisk sett vil kunne ha en unnskyldningsgrunn *til felles med rådgiveren*.

6.2.2 Generelle normer

6.2.2.a Norsk Standard

Realdebitorenes forpliktelse til å yte i henhold til gjeldende Norsk Standard er beskrevet i avhandlingens pkt. 3.2.2.a. Det er på det rene at i den grad man pålegger rådgiveren å levere i samsvar med Norsk Standard, vil dette også være underlagt hans innsatsforpliktelse. Normene som følger av Norsk Standard må imidlertid kunne sies å være et uttrykk for hva som regnes som god bransjepraksis, hvilket innebærer at rådgiverens ytelse skal utføres i henhold til disse. Hans innsatsforpliktelse vil i dette henseendet få et strengt tilsnitt. Det er imidlertid på det rene at rådgiveren ikke har noen forpliktelse til å frembringe de resultater som beskrives i standardene, så langt han har lagt ned en egnet forsvarlig innsats for å frembringe dem.

Totalentreprenørens forpliktelse for samsvar med Norsk Standard har karakter av en resultatforpliktelse.⁸⁴ Han er forpliktet til å prosjektere i samsvar med gjeldende Norsk Standard, og et kontraktarbeid som ikke tilfredsstiller *både* prosess- og resultatkrav i disse normene, vil derfor medføre en prosjekteringsfeil han selv bærer risikoen for. Imidlertid kan det drøftes hvordan bestemmelsen i NS 3431 pkt. 12.3 skal forstås, i forhold til om den skal anses som at samsvar med Norsk Standard er et minstekrav til prosjekteringen, men at en eventuell overoppgjørelse vil være kontraktsmessig. Det er imidlertid lite trolig at en totalentreprenør hvis fortjeneste er knyttet til prosjektets lønnsomhet, vil ønske å prestere i henhold til en faglig strengere norm enn Norsk Standard, så dette må antas å være mer teoretisk enn praktisk interessant. Totalentreprenøren må selv budsjettere de enkelte poster i entreprisen, og en overoppgjørelse vil kun virke negativt for ham selv i den forstand at han forsyner seg unødig av eget nettooverskudd. Annerledes kan det derimot kanskje være for rådgiveren, ettersom oppdragsgiver skal betale direkte for de valgte løsninger. Det synes slik mer nærliggende å anse rådgiverens overoppgjørelse som en prosjekteringsfeil,

⁸⁴ Jf NS 3431 pkt. 12.3, 1. ledd.

ettersom dette innebærer en *unødig kostnadsforøkelse* for oppdragsgiver. En overoppfyllelse vil uavhengig av dette, kunne rammes av NS 8401 pkt. 7.4, 1. ledd som blant annet fastslår at arbeidet skal drives *rasjonelt*.

Norsk Standard er skrevne bransjenormer som er godt kjent og lett tilgjengelig for totalentreprenøren. Dette taler for at han for disse normene må anses å ha en resultatforpliktelse, hvilket innebærer at han ikke kan påberope seg villfarelse om reglene som unnskyldningsgrunn.

Ettersom rådgiverens ytelse i forhold til skrevne, anerkjente bransjenormer som Norsk Standard vil vurderes etter den en strenge culpavurderingen profesjonsansvaret medfører⁸⁵, kan det se ut til at avstanden mellom rådgiver og totalentreprenørs forpliktelse i dette henseendet i realiteten ikke vil være så stor, selv om forpliktelsestypene i teoriene er ulike.

6.2.2.b Allmenne (abstrakte) normer

Som en konsekvens av at rådgiverens ytelse skal være i samsvar med bransjepraksis, skal den også være i samsvar med generelle normer som beskrevet overfor i pkt. 3.2.2.b. Disse normene går, i likhet med Norsk Standard, på hva som regnes som god bransjepraksis, og er derfor meget sentrale for rådgiverens forpliktelse. Det kan tenkes tilfeller hvor rådgiveren vil påberope seg at han var i villfarelse om eksistensen av, og innholdet i allmenne normer. En slik påberopelse av at man var i villfarelse om faglige, generelle normer, vil i mange tilfeller innebære at man ikke hadde orientert seg om de oppgaver man har påtatt seg på en faglig forsvarlig måte, hvilket vil bringe rådgiveren i en rettsvillfarelse som ikke er unnskyldelig. For faglige vurderinger stilles det generelt høye krav til rådgivers ytelse, slik at unnskyldelig rettsvillfarelse i relasjon til bransjenormer bare unntaksvis vil være unnskyldelige.⁸⁶

⁸⁵ Se pkt. 2.2 flg.

⁸⁶ Jf pkt. 4.2.4

For totalentreprenøren er forpliktelsen til å oppfylle i samsvar med allmenne normer subsidiær til å oppfylle i henhold til Norsk Standard. Hvorvidt et avvik fra allment aksepterte normer kan være unnskyldelig for totalentreprenøren må bero på en helhetsvurdering. De allmenne, abstrakte normene er ikke gjort til del av partenes avtale direkte, med mindre partene har spesifisert dette. Videre eksisterer det også et mangfold av slike normer i bransjen, hvorav noen av de må anses å være mer "allment aksepterte" enn andre. Til dette kommer også at bygg- og anleggsbransjen er dynamisk, i den forstand at teknologisk og faglig vitenskap hele tiden er under utvikling. De normer som de det her er tale om, kan bli foreldet og dermed omveltet på relativt kort tid. Totalentreprenøren har i utgangspunktet en *streng forpliktelse* i forhold til overholdelse av slike normer, men det kan argumenteres for at det i forhold til disse noe mer diffuse normene kanskje må innrømmes ham en unnskyldningsmulighet i gitte tilfeller.

6.3 Villfarelse om offentligrettslige normer

6.3.1 Lov- og forskriftskrav

Lov- og forskriftsmessig oppfyllelse er innenfor kjerneområdet av både rådgiver og totalentreprenøres ytelse, og oppdragsgiver må ha en beskyttelsesverdig forventning om at kontraktarbeidet skal tilfredsstille lov- og forskriftsgitte krav. Manglende oppfyllelse i henhold til gjeldende offentligrettslige normer kan i verste fall ulovliggjøre tiltenkt bruk av byggeprosjektet, hvilket ville være en betydelig utfordring for oppdragsgiver.

En oppfyllelse i samsvar med gjeldende offentligrettslige regler og pålegg er i stor grad knyttet opp til sikkerhetsmessige regler, hvilket gir gode grunner for å gi profesjonsansvaret for rådgiverens del, et strengt tilsnitt i denne sammenhengen. Antakelig må ansvaret gis en viss relativitet, slik at svikt innenfor de mer sentrale prosjekteringsoppgavene underlegges en strengere vurdering enn svikt innenfor rettslige områder som ligger i utkanten av hva rådgiveren må antas å ha risikoen for. Det kan kanskje trekkes en parallell til advokatens ansvar, og hvordan profesjonsansvaret praktiseres strengere på sentrale og oversiktlige rettsområder med godt kjente regler kontra

en mer lempelig vurdering med et visst spillerom innenfor mer kompliserte og sammensatte rettsområder.⁸⁷ Wågheims antakelse finner støtte i rettspraksis. Lagmannsretten uttalte i en sak om en advokats ansvar for egen rådgivning i LB-1994-2597, på side 1638:

”Feilvurdering på sentrale juridiske områder vil som hovedregel innebære uaktsomhet ... Aktsomhetsnormen må skjerpe når saken ikke reiser særlig ”kompliserte rettsspørsmål eller uoversiktlige bevisspørsmål” ...”.

Innenfor disse sentrale områder har oppdragsgiveren har en beskyttelsesverdig forventning om å motta en lov- og forskriftsmessig ytelse, og rådgiverens manglende oppfyllelse vil derfor sjelden være unnskyldelig. På den annen side synes det rimelig at uaktsomhetsvurderingen gis et noe mildere preg når det er tale om mer perifere deler av de rettslige sider ved prosjekteringsytelsen, for eksempel kontroll av de privatrettslige forhold ved byggegrunnen.⁸⁸

Til tross for at noen teoretikere synes å mene at rådgiveren har et materielt sett mer vidtgående ansvar for overholdelse av rettslige normer enn totalentreprenøren^{89 90}, kan det også argumenteres for et motsatt syn. Lillann Bugge presenterer i sin artikkel *”Entreprenørens prosjektering etter NS 8405”* argumenter for hvorfor utførelsesentreprenøren bør ha et mildere ansvar for de rettslige forhold enn

⁸⁷ Wågheim (2009) s. 102

⁸⁸ Sandvik (1975) s. 16-17

⁸⁹ Hansen (1977) s. 243

⁹⁰ Sandvik (1975) s. 16-17

totalentreprenøren.⁹¹ Slik jeg ser det, er de samme argumentene anvendbare i relasjonen mellom rådgiver og totalentreprenør.

Bugge fremhever at der en totalentreprenør er i en særstilling fordi han ofte har en annen mulighet til å se *byggeprosjektet som et hele*, vil utførelsesentreprenøren, og rådgiveren, bare i begrenset grad ha oversikt over ansvarsfordelingen for øvrig i prosjektet.⁹² Dette er ikke en ubetinget korrekt antakelse, ettersom oppdragsgiveren kan velge å kontrahere ulike totalentreprenører for de ulike deler av prosjektet, slik at disse også jobber selvstendig innenfor sine områder. Kontraheres flere totalentreprenører i samme prosjekt, er ikke den enkelte totalentreprenøren stilt vesentlig annerledes enn rådgiveren eller utførelsesentreprenøren med tanke på oversikt.

Unnskyldelige situasjoner kan tenkes der rådgiveren står ovenfor forskriftskrav som kan oppfylles på flere måter, slik at det ikke er åpenbart at det er *han* som skal stå for oppfyllelsen av kravet. Dersom rådgiveren har grunn til å tro at entreprenøren eller oppdragsgiverens øvrige rådgivere vil ivareta prosjekteringen i henhold til det gitte kravet, kan det tenkes at hans manglende oppfyllelse vil kunne være unnskyldelig. Ved rådgivningskontrakter vil oppdragsgiveren ha det overordnede ansvar for prosjekteringen, og han bærer dermed risikoen for at rådgiverens forpliktelse er klar med henhold til hvilke krav som stilles til den. Dette er i samsvar med den alminnelige uklarhetsregelen; den part som har bidratt til at avtalens innhold er uklart, må selv bære risikoen for uklarheten. En anførsel om at rådgiveren ikke skal komme i ansvar for manglende samsvar med lov- og forskrift, må være betinget av at han rent faktisk *hadde grunn til å tro* at lov- eller forskriftskravet ville bli ivaretatt på annen måte.⁹³

⁹¹ Bugge (2005) s. 110

⁹² Bugge (2005) s. 110

⁹³ Bugge (2005) s. 110

Tilfeller der forholdet mellom offentligrettslige pliktregler og rådgiverens innsatsforpliktelse kan komme på spissen, er der de rettslige normene inneholder krav som retter seg til konkrete egenskaper ved det ferdige prosjektet. Selv om rådgivers forpliktelse i dette henseendet praktiseres strengt, er unnskyldelige rettsvillfarelsetilfeller tenkelig eksempelvis der et forskriftskrav har vært flertydig formulert. Dersom rådgiveren har for eksempel har henvendt seg til myndighetene for å få brakt klarhet i hva som er den korrekte tolkning, og deretter forsøkt å innrette seg etter dette, kan hans rettsvillfarelse være unnskyldelig. Forutsetningen er naturligvis at han handlet på faglig forsvarlig vis underveis i prosessen. Slik kan det forekomme tilfeller der rådgiver kan anses å ha oppfylt kontraktsmessig selv om oppdragsgiver blir sittende med et bygg som ikke er godkjent i henhold til offentlige lov- eller forskriftskrav.

Her er det en betydelig avstand til totalentreprenøren, som på dette området har en klar resultatforpliktelse. Tilfeller der hans rettsvillfarelse for lov- eller forskriftskrav kan være unnskyldelig, er nær sagt utenkelige. Både NS 3431 pkt. 13.1, som pålegger ham en resultatforpliktelse til å utføre sin ytelse i samsvar med de til enhver tid gjeldende normer og den objektive mangelsbestemmelsen i NS 3431 pkt. 37.1 gir uttrykk for totalentreprenørens resultatforpliktelse i denne relasjonen.

6.3.2 Villfarelse om nye, skjerpede regler

Krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse er betinget av at entreprenøren ikke *”burde ha tatt endringen i betraktning da anbudet eller tilbudet ble gitt.”*⁹⁴ Hvorvidt totalentreprenøren burde ha tatt endringen i betraktning da tilbudet ble avgitt, må avgjøres etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Fordi totalentreprenøren er forpliktet til å levere i henhold til gjeldende regelverk, bør han i utgangspunktet være godt informert om rettskildesituasjonen hva gjelder forhold som berører hans arbeid. Regelendringer kommer sjelden spontant, og endringer vil som oftest i større eller mindre grad være omtalt i media eller fagtidsskrifter, utsatt for debatter og varslet den aktuelle bransjen for øvrig. En

⁹⁴ Jf NS 3431 pkt. 13.2

situasjon der totalentreprenøren ikke *burde* kjenne til, og ta slike endringer i betraktning, er sannsynligvis mer teoretisk enn praktisk. Tenkelige tilfeller kan være dersom myndighetene foretar regelendringer raskere enn regulært, typisk etter krisetilfeller som brann, kollaps eller lignende, hvor det gjeldende regelverk har vist seg å være utilstrekkelig for å besørge forsvarlig byggemåte. I disse tilfeller kan det tenkes at totalentreprenøren kan bli stilt ovenfor krav han ikke hadde grunn til å regne med, og som han dermed ikke *burde ha tatt i betraktning* da han avga sitt tilbud.

Videre er spørsmålet hvorvidt totalentreprenøren *burde ha unngått følgene av endringen*. En forutsetning for å unngå følgene er at man har kjennskap til den kommende regelendringen. Dersom en endring drøftes på politisk nivå slik at den fremtidige rettslige situasjonen er uklar når entreprenøren skal utforme sitt tilbud, vil det være naturlig at han tar høyde for den mulige regelendringen og presenterer et alternativ som vil være tilfredsstillende, uansett utfall av debatten. Annerledes vil det kunne være dersom regelendringen er mindre kjent, eksempelvis fordi den kommer som følge av inkorporeringen av et EU-direktiv. I disse tilfellene kan debatten i forkant av endringen i større grad ha skjedd på internasjonalt nivå og kanskje ikke vært like offentlig tilgjengelig som for endringer initiert på nasjonalt nivå.

Når rådgiverens villfarelse om kommende regler skal vurderes, må det tas i betraktning de samme vurderingsmomenter som beskrevet generelt for profesjonsansvaret.⁹⁵ Dersom kunnskap om regelendringen var lett tilgjengelig og kjent på tidspunktet for kontraktsinngåelse, skal det mye til for at rådgiveren kan høres med at han ikke *burde* tatt disse i betraktning.

Et eksempel fra det praktiske liv hvor manglende hensyntaken av kommende regelendring medførte prosjekteringsfeil, er en pågående sak vedrørende jordskjelvsikring av Fredrikstad Stadion. Et EU-direktiv som regulerte krav om jordskjelvsikring av publikumsarenaen ble

⁹⁵ Jf pkt. 2.2

inkorporert underveis i entreprisen, og Fredrikstad Stadion ble det første prosjekt som er sikret i samsvar med disse skjerpede reglene. Ettersom direktivreglene ikke var hensyntatt i det opprinnelige prosjekteringsmaterialet oppstod en prosjekteringsfeil som totalentreprenøren hadde risikoen for. Saken som vedrører totalentreprenørens regresskrav mot sin underleverandør går i disse tider for de ordinære domstoler.

Antakelig er det gode grunner til å praktisere dette kravet relativt strengt, ettersom det er samfunnsøkonomisk tjenlig at oppføringen av byggeprosjekter skjer så rasjonelt som mulig, og uten fordyrende forsinkelser. Gjelder regelendringen sikkerhetsforskrifter, er det grunn til å tillegge hensynet til brukerne av det ferdige byggeprosjekt betydning.

Graden av inngripen en regelendring fordrer, kan variere i betydelig grad, og det kan drøftes hvorvidt det må trekkes en kostnadmessig øvre grense for hva totalentreprenøren kan forventes å omprosjekttere uten krav på tilleggsvederlag. Konklusjonen må trolig være at totalentreprenørens plikt til å unngå følgene av en kommende regelendring, uten krav på tilleggsvederlag og fristforlengelse, er meget vidtgående, men antakelig ikke ubegrensede.

Den bevismessige vurderingen av realdebitors forhold synes å være ulik i de to standarder. Rådgiveren kan som hovedregel påberope nye regler som grunnlag for endring etter NS 8401 pkt. 10, *med mindre han burde tatt endringen i betraktning eller unngått virkningene av den*. Her synes det å være rådgiveren som har hovedregelen på sin side, mens totalentreprenøren *bare har rett* til å kreve tilleggsvederlag og fristforlengelse på nærmere gitte vilkår. Jeg antar at dette innebærer at bevisbyrden kan bli ulikt plassert i de to kontraktsforhold. For rådgiverens del vil oppdragsgiveren måtte sannsynliggjøre at rådgiveren burde ha tatt endringen i betraktning, mens totalentreprenøren selv må godtgjøre at han ikke hadde noen oppfordring til å handle annerledes.

6.3.3 Villfarelse om enkeltvedtak

Villfarelse om et enkeltvedtak som vedrører det aktuelle byggeprosjektet, kan skyldes to ting; enten at realdebitor ikke har kjennskap til enkeltvedtaket som sådan, eller at han tolker innholdet av det feil. Realdebitorenes forpliktelse for samsvar med enkeltvedtak er behandlet i avhandlingens pkt. 3.3.2.

Normalt vil det for rådgiveren være en forutsetning for ansvar at enkeltvedtaket er knyttet opp til en del av prosjekteringsforpliktelsen som naturlig hører til rådgiverens oppgaver, for at han i det hele tatt skal ha risikoen for det.⁹⁶ Bugge skriver at det for utførelsesentreprenørens vedkommende bør oppstilles et skjerpet påregnelighetskrav i denne vurderingen⁹⁷, ettersom rådgiveren sjelden skal stå for hele prosjekteringen samlet. Dette argumentet er imidlertid bare overførbart til rådgiverens forhold dersom rådgiveren er kontrahert som én av flere prosjekterende på enkeltstående kontrakter. Har oppdragsgiveren kontrahert en rådgivende ingeniør og en arkitekt på separate prosjekteringskontrakter, vil ansvar for den arkitekten inntre dersom myndighetskravet retter seg mot deler av prosjekteringsytelsen som tilligger det arkitektfaglige området, og likeledes for ingeniøren.

Rådgiveren skal utføre oppdraget i samsvar med enkeltvedtak som får anvendelse på prosjektet⁹⁸. I motsetning til totalentreprenøren, trenger ikke rådgiver å kalkulere med merkostnader for egen del som følge av enkeltvedtak som gjelder for prosjektet, ettersom han honoreres løsrevet fra entreprisen som sådan. Forpliktelsen hans til å prosjektere i samsvar med enkeltvedtak, er den samme som for lov- og forskriftsmessige regler. NS 8401 pkt. 8.1, 1. ledd er en pliktregel som gir at han *skal* utføre sitt oppdrag i samsvar med de enkeltvedtak som gjelder for prosjektet. Allikevel er han også her begrenset av NS 8401 pkt. 13.1 som gir ham en unnskyldningsmulighet i de nokså utenkelige tilfeller hvor han

⁹⁶ Bugge (2005) s. 110

⁹⁷ Bugge (2005) s. 110

⁹⁸ Jf NS 8401 pkt. 8.1, 1. ledd

kan høres med at han handlet på faglig forsvarlig måte, til tross for at han var i villfarelse om eksistensen av, eller innholdet i et relevant enkeltvedtak.

For totalentreprenørens del må det fremheves at det alltid vil være en viss grad av uforutsigbarhet i et entrepriseforhold, ettersom det spenner over så vidt lang tid. Noen uforutsette hindringer forventes det dermed at totalentreprenøren *tar høyde for* i sine kalkyler når han priser sitt arbeid i tilbudet. Det går imidlertid en grense for hva han burde ha tatt i betraktning. For enkeltvedtak trekkes denne grensen etter hva han *burde tatt i betraktning etter et faglig skjønn*.⁹⁹ Hva som ligger i begrepet er ikke selvsagt, men det er nærliggende å tro at det er snakk om en skjønnsmessig vurdering basert på hans bransjekunnskap og erfaring, rimelige forventninger og en faglig aktsom vurdering av forholdene slik de foreligger ved tilbudstidspunktet. Avgjørende for om han kan påberope enkeltvedtaket som grunnlag for fristforlengelse og tilleggsvederlag, er hvorvidt hjemmelen for myndighetskravet forelå på tidspunktet for tilbudsavgivelsen.¹⁰⁰ At totalentreprenøren har en resultatforpliktelse for et kontraktarbeid i overensstemmelse med enkeltvedtak som vedrører prosjektet, er neppe tvilsomt. Villfarelse om eksistensen av og innholdet i et enkeltvedtak som vedrører prosjektet er praktisk talt aldri unnskyldelig for totalentreprenøren.

⁹⁹ Jf NS 3431 pkt. 13.3

¹⁰⁰ Bugge (2005) s. 110

7 Kilderegister

Bøker

- Erik Hørlyck, *Entreprise*, 6.utg., København, 2009 (Hørlyck 2009)
- Hans Henrik Vagner, *Entrepriseret*, 4.utg., København, 2005 (Vagner 2005)
- Hans Jakob Urbye, *Kommentarer til NS 8401 og NS 8402*, 1. utg., Oslo, 2002 (Urbye 2002)
- Helge Jakob Kolrud et al., *Kommentar til NS 3430*, 1.utg., Oslo, 1992 (Kolrud 1992)
- Jan Einar Barbo, *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*, 1.utg., Oslo, 1990. (Barbo 1990)
- Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, 2.utg., Oslo, 2002 (Hov 2002)
- Jørgen Hansen, *Teknikeraftalen*, 1.utg, København, 1977 (Hansen 1977)
- Kristen Andersen, *Skadeforvoldelse og erstatning*, 3.utg., Oslo, 1976 (Andersen 1976)
- Peder Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 4.utg., Oslo, 1999 (Lødrup 1999)
- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1.utg., Oxford, 1996 (Zimmermann 1996)
- Stein Rognlien, *Produktansvaret*, 1.utg., Oslo, 1992 (Rognlien 1992)
- Toralf Wågheim, *Advokaters erstatningsansvar*, 1.utg., Oslo, 2009 (Wågheim 2009)
- Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, 1.utg., Oslo, 1966 (Sandvik 1966)
- Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, 1.utg., Oslo 1977 (Sandvik 1977)
- Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett – Utvalgte emner*, 1.utg., Oslo, 1997 (Hagstrøm 1997)
- Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3.utg., Oslo, 2004 (Hagstrøm 2004)

Artikler

- Endre Grimsmo et al.. *Hvordan unngå prosjekteringsfeil?* Trondheim. 2008.
<http://www.byggekostnader.no/getfile.php/Filer/PDF'er%20fra%20prosjekter/Hvordan%20unng%E5%20prosjekteringsfeil%20original%20040309.pdf> (sitert 8.11.10)
(Grimsmo et.al 2008)
- Gunnar Nerdrum. *Arkitekter og rådgivende ingeniørers erstatningsansvar*. Oslo. 1985.
<http://www.gune.no/pub.html> (sitert 8.11.10) (Nerdrum 1985)

Lillann Bugge. *Entreprenørens prosjektering etter NS 8405*. Oslo. 2005.

<http://www.idunn.no> (sitert 18.08.2009) (Bugge 2005)

Peter Blom, Harald Justnes og Finn Levy. *Betong i bygninger – konsekvenser for inneklima*. Oslo. 1996.

<http://www.sintef.no/upload/Byggforsk/Publikasjoner/Prosjektrapport193.pdf> (sitert 8.11.10) (Blom et al. 1996)

Stig Geving. *Unngå byggskaader! Dårlige beslagsløsninger gir stygge fasader*. SINTEF Byggforsk, artikkelserien ”Unngå byggskaader!” Oslo. 2009. www.sintef.no (Geving 2009)

Tore Sandvik. *Konsulentens økonomiske ansvar*. Oslo 1975.

http://jura.ku.dk/njm/27/27_21.pdf (sitert 8.11.10)

Lover

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31.5.1918 nr. 4

1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13.6.1997 nr. 43

Forskrifter

2006 Forskrift om offentlig anskaffelse (FOA) av 7.4.2006 nr. 402

Juridiske standarder

Norsk Standard 3431 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, 2. utg., 1994

Norsk Standard 8401 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag, 1.utg., 2000

Utkast til Norsk Standard 8407 datert 30.9.10

Høyesterettsdommer

Rt. 1924 s. 81
Rt. 1968 s. 783 Byggmester-dommen
Rt. 1989 s. 1318 Testament-dommen
Rt. 1995 s. 1350 Megler/takstmann-dommen
Rt. 1997 s. 231
Rt. 1999 s. 922 Salhus Flytebru
Rt. 2000 s. 671 Ideal-dommen

Underrettsavgjørelser

LB-1994-2597
LB-1999-02675
LB-2002-03794
LB-2002-2983
LB-2004-4950
LB-2005-131009
LB-2008-102783
LB-2008-130865
LB-2008-146820
LG-2004-77251
LG-2006-109928
LH-2007-102419 Hammerfest flerbrukshall
RG 2001 s.770 (Gulating)
TOSLO-2007-110178

Utenlandsk rettspraksis

KFE 1987.171 VBA (dansk)

Uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i Bergen

BJFR nr. 265 (1987)

BJFR nr. 370 (1991)

BFJR nr. 527 (2001)

BJFR nr. 529 (2001)

8 Lister over tabeller og figurer m v

Figur 1, pkt. 2.3. Illustrasjon av analysemodell, rådgiver og totalentreprenørens forpliktelse.

Figur 2, pkt. 4.3.1. Illustrasjon av utviklingsrisiko.